



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

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

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335018-00**2019-00453-00**  
Demandante: **BETRIZ PARRA MOSQUERA**  
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE  
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN–  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **BETRIZ PARRA MOSQUERA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 26.467.597, 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 DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN–, correspondiendo dictar sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1 LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

La parte demandante pretende las siguientes declaraciones y condenas:

**(i)** Que se declare la nulidad de la Resolución 3087 de 30 de abril de 2019, por medio de la cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, reconoció a la actora la Prima Técnica por Formación Avanzada y Experiencia Altamente Calificada, en el equivalente al 35% de la asignación básica mensual, así como de la Resolución 5054 de 12 de julio de 2019, por medio de la cual se rechaza por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra dicha resolución.

**(ii)** Que como consecuencia de la anterior declaración, y a manera de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague a la actora la Prima Técnica por Formación Avanzada y Experiencia Altamente Calificada, en un 50% de la asignación básica mensual, a partir del 15 de septiembre de 2008.

**(iii)** Que se reliquiden las prestaciones sociales, y los aportes a la seguridad social, con base en la prima técnica en el 50% de la asignación básica.

**(iv)** Que las anteriores sumas de dinero sean indexadas hasta el día en que se verifique el pago, y se reconozcan intereses conforme al artículo 192 del CPACA.

## **1.2 HECHOS.**

Para sustentar las pretensiones de la demanda se expusieron los siguientes hechos:

**1.2.1** Señaló que demandó ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa los actos administrativos que le negaron la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

**1.2.2** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca le reconoció la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada a partir del 15 de septiembre de 2008, mediante sentencia de 25 de febrero de 2016, la que modificó el Consejo de Estado por medio de sentencia del 17 de octubre de 2018.

**1.2.3** Afirma que los sentenciadores no determinaron el porcentaje en que debía ser reconocida la aludida prima, razón por la cual través del escrito con radicado 00E2018901095 de 28 de noviembre de 2018, solicitó que se la reconocieran en el equivalente al 50% del sueldo básico.

**1.2.4** Mediante la Resolución 3087 de 30 de abril de 2019, la entidad demandada se la reconoció en el 37.5% de la asignación básica, decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición, el cual

fue rechazado por improcedente por medio de la Resolución 5054 del 12 de julio de 2019.

**1.2.5** Afirma que el yerro de la entidad se contrae a que estableció el porcentaje con base en la Resolución 3682 de 14 de agosto de 1994, la cual había sido derogada por la Resolución 8011 de 23 de noviembre de 1995.

**1.2.6** Señaló las condiciones que tiene para que la prima técnica pretendida se calcule en el 50%, a saber: (i) laboró en la Contraloría General de la República en el cargo de Auditor Especializado entre el 6 de noviembre de 1984 y el 8 de julio de 1994, y luego ingresó a la DIAN a partir del 21 de octubre de 1994, en el cargo de Especialista de Ingresos Públicos; (ii) desempeñó las Jefaturas de la Subsecretaría de Recursos Físicos y Jefe de la Subdirección de Gestión de Recursos Físicos, entre el 8 de octubre de 2002 y el 3 de noviembre de 2008, y del 4 de noviembre de 2008 al 18 de febrero de 2009; (iii) acreditó los títulos de abogada de la Universidad Católica de Colombia de 30 de septiembre de 1983, Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario del 31 de octubre de 1989, y Especialista en Gestión Pública de la Escuela Superior de Administración Pública del 19 de abril de 1996; (iv) diplomados, seminarios y cursos de capacitación.

**1.2.7** Finalmente, señala que la Resolución 2229 del 7 de septiembre de 1993 estableció los requisitos mínimos exigidos, a saber: título profesional; título de especialización correspondiente a programas formales de duración no inferior un (1) año; un año experiencia posterior a la terminación de estudios de la especialización.

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

Estimó vulnerado el artículo 53 de la Constitución Política, la Ley 1661 de 1991, el Decreto 2164 de 1991, el Decreto 1794 de 1997, y las Resoluciones 3662 de 1994 y 8011 de 1995. Expresó que el derecho en discusión es el porcentaje de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, bajo el principio de favorabilidad, y, en

ese sentido, afirma que este debe ser del 50% porque reúne los requisitos establecidos en las resoluciones reglamentarias.

Explica que los Decretos 1661 y 2164 de 1991 facultaron a la entidades para que establecieran los parámetros y factores para determinar el porcentaje asignable por prima técnica, sin que sea superior al 50% de la asignación básica. En este caso, señala que la DIAN reglamentó el derecho a través de la Resolución 3662 de 1994, la cual se derogó por medio de la Resolución 8011 de 1995. Afirma que con esta última Resolución se debieron ponderar los factores para el otorgamiento de la prima técnica, no en el 37.5% como se le reconoció, sino en el 50%, porque no había entrado en vigencia el Decreto 1724 de 1997 que restringe la prima técnica para los empleos del nivel Profesional.

Señala que los requisitos para obtener el pretendido porcentaje se contraen a las horas de capacitación (no forma o formal), experiencia adicional y desempeño de jefaturas. Sin embargo, le reprocha a la entidad que hubiese aplicado un reglamento derogado por la Resolución 8011 de 1995, la que resultaba ser más favorable. Incluso, considera que la Resolución 8011 de 1995 es aplicable bajo la tesis de la entidad, cuál es, que se aplica el reglamento vigente para el momento que se cumplieron los requisitos para el reconocimiento de la prima técnica, que fue antes del 11 de julio de 1997.

Así, afirma que su representada, reúne los requisitos establecidos mediante la Resolución 8011 de 1995, los que enuncia en los siguientes términos: postgrado adicional, las horas de capacitación no formal, las horas de docencia; desempeño como Jefe de Grupo o como Jefe de División. Agrega que los requisitos se deben contabilizar por todo el tiempo de servicios, no solo a 11 de julio de 1997, en el entendido que la prima técnica es susceptible de revisarse cuando se acredite el cumplimiento de otros requisitos, a lo cual le suma que el aludido beneficio se reconoció desde el 15 de septiembre de 2008, y por consiguiente, es factible que los requisitos se demuestren con posterioridad al año 1997.

### III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, mediante escrito radicado el **8 de marzo 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 el acto administrativo acusado se ajusta a las disposiciones constitucionales y legales, y en particular, a las decisiones judiciales de primera y segunda instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, respectivamente. La primera del 25 de febrero de 2016 y la segunda del 17 de octubre de 2018.

Hizo un relato de las normas de orden nacional bajo los cuales surgió y se desarrolló el beneficio de la prima técnica, y que se expusieron en los aludidos fallos judiciales. Respecto de lo expresado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, concluyó que la DIAN reglamentó la prestación en los mismos términos de los decretos nacionales. En cuanto al Consejo de Estado, señaló que concluyó que el beneficio aplica a quienes reunían los requisitos al entrar en vigencia el Decreto 1724 de 1997.

Agregó que el acto acusado cumplió con los presupuestos de las Resoluciones 3682 de 16 de agosto de 1994 y 227 de 27 de marzo de 2000 de la DIAN, y el Decreto 1268 de 1999, en virtud de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 4° del Decreto 1724 de 1997. A ello le sumó, que a la vigencia del precitado Decreto, esta, ostentaba el cargo de Especialista en Ingresos Públicos I, Nivel 40, Grado 27, en cargo de carrera administrativa, contaba con título profesional y especialización, y tenía más de tres (3) años de experiencia calificada. Adicionalmente, observó que ingresó a la DIAN con prima técnica reconocida por la Contraloría General de la República.

Concluyó que el propio Tribunal Administrativo de Cundinamarca determinó la normativa aplicable al ordenar el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia, “en los términos previstos en

los Decretos 1661 y 2164 de 1991, y la Resolución 3682 de 16 de agosto de 1994". En todo caso, apuntó que los porcentajes de la prima técnica se establecieron con base en los requisitos reunidos al entrar en vigencia el Decreto 1724 de 1997, en armonía con la Resolución 3682 de 16 de agosto de 1994. Precisa que entidad acogió la interpretación de las citadas autoridades judiciales, respecto del contenido de los Decretos 1661 de 27 de junio de 1991 y 2164 de 1991. Explicó que los factores de ponderación del porcentaje correspondieron al 30% por requisitos mínimos para el ejercicio del cargo y el reconocimiento de la prima técnica, y el 7.5% por competencia del Director.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

El apoderado de la parte actora presentó los alegatos mediante memorial remitido dentro de la oportunidad legal, reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, en el sentido que la prima técnica se debe tasar en el 50%, pues judicialmente se le reconoció a la actora la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, modificada por el Consejo de Estado, providencias en las que en ningún aparte se estableció el porcentaje en que se hacía el reconocimiento.

Reafirma que la DIAN tasa el porcentaje conforme a la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, empero, sostiene que este reglamento se derogó por medio de la Resolución 8011 del 23 de noviembre de 1995, la cual estima que es la norma aplicable para establecer el porcentaje de la aludida prestación, pues era la Resolución vigente para el 11 de julio de 1997, cuando se expidió el Decreto 1724, norma que creó el régimen de transición para obtener el aludido beneficio, y sobre la cual, tanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como el Consejo de Estado, determinaron que cumplía con los requisitos para acceder a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

Considera que no puede ser de recibió el argumento de la entidad, según el cual dio cumplimiento a las providencias de la Jurisdicción, porque allí no estableció el porcentaje en que se reconocería la mencionada prima técnica. En todo caso, arguye que si se aceptar que el reglamento aplicable es la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, también sería necesario acudir a la Resolución 8011 del 23 de noviembre de 1995, porque la Resolución 3682 de 1994 no identificó la forma como se ponderan los factores para tasar el porcentaje en discusión, sólo indica que por competencia del Director se puede llegar a otorgar hasta un 20%. Sin embargo, considera que el Director de la DIAN no puede actuar caprichosamente, sino que debe actuar con base en algún parámetro o reglamentación.

Al efecto, señala que la tantas veces mencionada resolución No. 3682 de 1994, establece que por competencia del director se da hasta el 20%, pero ese porcentaje debe tener criterio o fundamento en algún parámetro o reglamentación, no puede ser a capricho del empleador.

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

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito presentado en forma oportuna, reiteró que dio estricto cumplimiento a los fallos que ordenaron reconocer la prima técnica por formación avanza y experiencia altamente calificada. Agregó que a través de la Resolución 3682 de 1994 se reglamentó su reconocimiento, norma que se acogió en las aludidas sentencias judiciales, según el aparte transcrito en el escrito de alegatos. Por ello, considera inviable jurídicamente elevar la citada prima técnica del 37.5% al 50%.

Para el efecto, dice, tuvo en cuenta que la demandante estaba en el régimen de transición del Decreto 1724 de 1997, y desempeñaba el empleo de Especialista en Ingresos Públicos I Nivel 40 Grado 27, del cual era titular la servidora pública, antes del 10 de julio de 1997, fecha de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997. Así, explica porque no aplicó la experiencia de la demandante, posterior al 10 de julio de 1997. Terminó por decir que los factores ponderados arrojaron como resultado

que el beneficio ascendía al 37.5%, en los términos consignado en el acto acusado.

#### **4.3. Ministerio Público.**

La Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

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

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

**5.2.1** Sentencia del 25 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se ordenó *“el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada a la actora desde el 15 de septiembre de 2008 (por prescripción trienal) y hasta que se pierda el derecho como se indicó en la parte motiva”*, y *“negó las demás pretensiones de la demanda”* (Fls. 38 a 82).

**5.2.2** Sentencia de 17 de octubre de 2018, expedida por el Consejo de Estado mediante la cual revocó parcialmente la decisión de la prima instancia de negar las demás pretensiones de la demanda, para en su lugar disponer *“...que se reliquide(n) las prestaciones sociales” con base en la prima técnica reconocida.* (Fls. 83 al 98).

**5.2.3** Petición radicada bajo el Nov 000E2018901095 del 28 de noviembre de 2018. (Fls. 16 al 22), mediante la cual la actora, a través de apoderado, solicitó el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, en un porcentaje del 50%.

**5.2.4** Resolución No. 3087 del 30 de abril de 2019, suscrita por el Director General de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales *“Por la cual se reconoce una prima técnica en cumplimiento de un fallo judicial”*, que en su parte resolutive dispuso otorgar la prima técnica por formación

avanzada y experiencia altamente calificada en un porcentaje del 37.5% de la asignación básica mensual. (Fls. 23 al 27).

**5.2.4** Escrito con radicado No. 00E2019016313 del 15 de mayo de 2015 (Fls. 29 al 33), mediante el cual la demandante, a través de apoderado, interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 3087 de 30 de abril de 2019.

**5.2.5** Resolución No. 5054 de julio de 2019 *“Por la cual se rechaza por improcedente un recurso de reposición”*. (Fls 34 al 36), expedida por el Director General de la DIAN

**5.2.6** Resolución No. 3682 del 16 de agosto de 1994 *“por la cual se establece el procedimiento para otorgar Prima Técnica en la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*, conforme a las facultades conferidas mediante los Decretos 1661 y 2164 de 1991, expedida por el Director de la DIAN (CD de antecedentes administrativos anexo a la contestación de la demanda).

**5.2.7** Resolución No. 8011 del 23 de noviembre de 1995 *“Por la cual se establece el procedimiento y ponderación de factores para otorgar la Prima Técnica”*, conforme a las facultades conferidas mediante los Decretos 1661 y 2164 de 1991, suscrita por el Director General de la DIANA (folios 130 al 135).

**5.2.8** Constancia de tiempo de servicios expedida por la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, en la que consta que la señora Beatriz Parra Mosquera prestó servicios a la Contraloría General de la República entre el 6 de noviembre de 1986 y el 8 de julio de 1994, siendo el último cargo de Auditor Especial Ejecutivo y con prima técnica del 50%, (folio 109).

**5.2.9** Certificación de experiencia expedida por el Director de Gestión de Personal de la DIAN,, en la que consta que la demandante ingresó a la DIAN desde el 21 de octubre de 1994, y desempeñó el cargo de Especialista de Ingresos Públicos Nivel 49 Grado 27, además se ocupó los cargos de Jefe de la Subsecretaría de Recursos Físicos del 8 de octubre de 2002 al 3 de

noviembre de 2008, y Jefe de la Subdirección de Gestión de Recursos Físicos del 4 de noviembre de 2008 al 18 de febrero de 2009, (folio 101 a 108).

**5.2.10** Título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, obtenido por Beatriz Parra Mosquera el 30 de septiembre de 1983, según el Acta de Grado 1046-D-83. (folio 111).

**5.2.11** Títulos de Especialista en Derecho Administrativo y en Gestión Pública, obtenidos por la demandante, el primero concedido por el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, el 31 de octubre de 1989, y el otro expedido por la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, el 19 de abril de 1996 (folios 112 y 113, respectivamente).

**5.2.12** Capacitaciones acreditadas por la demandante en la Contraloría General de la República, así: Curso de Auditoría Especial Superintendencia de Notariado y Registro del 15 de noviembre de 1984 al 4 de marzo de 1985; Curso Especial de Contratación Administrativa del 6 al 21 de febrero de 1986; Curso Especial del Régimen Presupuestal y Norma en el Presupuesto entre el 10 de agosto y el 1º de septiembre de 1987; Seminario de Planeación y Auditoría Financiera los días 10 y el 11 de julio de 1989, Curso Especial de Contabilidad del 31 de julio al 22 de agosto de 1989; Curso Especial de Auditoría Financiera del 23 de agosto de 1989 al 5 de diciembre de 1989; Seminario el Futuro Régimen de Contratación del Estado de 25 y 26 de junio de 1994; Seminario Proceso de Selección y Calificación de Servicios de 24 de febrero de 1994; Congreso el Control Interno en los Órganos del Estado del 7 al 9 de abril de 1994; Seminario Taller Ajustes al Sistema Financiero Institucional del 4 al 7 de mayo de 1994; Seminario el Servidor Pública ante la Ley de Seguridad Social (folios 115 al 126).

**5.2.13** Capacitaciones acreditadas por la actora en la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así: Curso Parte Civil en el Proceso Penal los días 27 a 31 de marzo de 1995; Seminario Nacional Subsecretaría de Asuntos Legales los días 3 a 7 de abril de 1995; Curso Régimen Laboral y Disciplinario del 13 al 17 de marzo de 1995, y en el 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2008 y 2009 participó otras actividades de capacitación y

reinducción, según el certificado del Jefe de Coordinación de la Escuela de Impuestos y Aduanas Nacionales (folios 127 al 129 y 110, respectivamente).

**5.2.14** Historia laboral de Beatriz Parra Mosquera que se compone de cuatro cuadernos anexos.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, mediante auto del **11 de noviembre de 2021**, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar si la demandante tiene o no derecho a que: i) se le reconozca la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada en un 50% de las asignación básica mensual, desde el 15 de septiembre de 2008, ii) se le reajusten todas sus prestaciones sociales, tomando como base dicho porcentaje y iii) se reliquiden y paguen los aportes correspondientes a seguridad social

#### **5.3.1. Normatividad que fundamenta la decisión del porcentaje de asignación de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.**

El artículo 3° del Decreto 1661 de 1991 señaló los destinatarios de la prima técnica de acuerdo a los niveles de empleos, en los siguientes términos:

*“Artículo 3°.- Niveles en los cuales se otorga Prima Técnica. Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los **niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo**. La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles.*

*Parágrafo.- En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica”* (negrillas fuera del texto original)

Por su parte, el Decreto 1724 de 1997<sup>1</sup> “*Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado*” decidió excluir de los destinatarios a los empleados del nivel Profesional, en los siguientes términos:

---

<sup>1</sup> Publicado a través de diario oficial 43.081 de 11 de julio de 1997.

*“Artículo 1o. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados **con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público.**” (Negrillas fuera del texto original).*

El precitado Decreto, en su artículo 3º, hizo la salvedad que *“En los demás aspectos, la prima técnica se regirá por las disposiciones vigentes”*. Sin embargo, a los excluidos – como los empleados del Nivel Profesional – les creó en régimen de transición, siempre y cuando hubiesen adquirido con anterioridad el derecho, según se lee:

*“Artículo 4o. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.*

*Artículo 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el artículo 3o del Decreto 1661 de 1991, los artículos 2o, 3o y 5o del Decreto 1384 de 1996, el artículo 5o del Decreto 55 de 1997, el artículo 8o del Decreto 52 de 1997 y demás disposiciones que le sean contrarias”.*

Se puede apreciar que, con el artículo 4º del aludido Decreto 1724 de 1997, se respetaron los derechos adquiridos de aquellos servidores que desempeñando cargos del nivel profesional, se les hubiese reconocido prima técnica con anterioridad a la vigencia del Decreto, quienes disfrutarían de ella hasta el retiro del servicio o hasta cuando se cumplieran las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

Sobre este punto, el Consejo de Estado precisó que es viable el reconocimiento de la prima técnica a empleados que a pesar de no haberseles reconocido dicho derecho antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 (11 de julio de 1997), cumplieran los requisitos para ser beneficiarios, caso en el cual, tendrían derecho a dicha prima. Al respecto, discurrió así<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> Sentencia de 25 de mayo de 2006, C.P: Jesús María Lemos Bustamante, radicación 25000-23-25-000-2002-08242-01(2922-04).

*“De acuerdo con la segunda tesis, que prevaleció en la Subsección<sup>3</sup>, y que hoy constituye el parámetro para el reconocimiento de la misma, si es posible aplicar el régimen de transición del artículo 4 del Decreto 1724 de 1997 a quienes, sin ocupar cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes bajo el nuevo régimen, cumplieran con los siguientes requisitos:*

*(i) que tuvieran derecho al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño bajo el régimen del Decreto 1661 de 1991, esto es, que hubieran laborado para la respectiva entidad en la vigencia de la normativa mencionada y que, desde luego, cumplieran los requisitos legales exigidos por la misma;*

*(ii) que hubieran reclamado la prima técnica antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, siempre que tuvieran derecho a la prima mencionada en vigencia del Decreto 1661 de 1991;*

*(iii) que la entidad demandada injustificadamente hubiera guardado silencio frente a la petición o, se entiende, hubiera resuelto la misma en forma negativa”.*

De acuerdo con la jurisprudencia citada, el régimen de transición previsto en el artículo 4° del citado Decreto, debe aplicarse a aquellos que venían devengando la prima técnica por haber cumplido las exigencias legales, como a quienes sin habersele reconocido cumplieran las condiciones previstas en la ley.

Ahora bien, debe resaltarse que en el caso que nos ocupa no se discute el derecho de la demandante a gozar de la prima técnica, pues el mismo, fue reconocido en sendas providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado. El estudio se contrae al porcentaje en el cual se le reconoció dicho emolumento, pues la parte demandante estima que debió corresponder al 50% de la asignación básica, en tanto que la entidad demandada se la reconoció en el 37.5%.

En esta dirección, se observa que el Decreto 1661 de 1991 estableció el límite máximo al cual podía ascender el beneficio, como se lee a continuación:

*“ARTICULO 4o. LIMITES. La Prima Técnica se otorgará como un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del funcionario o empleado al que se asigna, el cual no podrá ser superior al 50% de la misma; por lo tanto, su valor se reajustará en la misma*

---

<sup>3</sup> Al respecto puede verse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, del 8 de agosto de 2003, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente No.23001-23-31-000-2001-00008-01, referencia No.0426-03, actor: Benjamín Antonio Vergara.

*proporción en que varía la asignación básica mensual del funcionario o empleado, teniendo en cuenta los reajustes salariales que ordene el Gobierno.”.*

A su vez, el Decreto 2164 de 1991 reiteró el anterior tope en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 10.- Cuantía. La prima técnica se otorgará como un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del cual es titular el beneficiario, porcentaje que no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%) del valor de la misma.*

*El valor de la prima técnica se reajustará en la misma proporción en que varíe la asignación básica mensual del empleado, teniendo en cuenta los reajustes salariales que se decreten.*

*PARÁGRAFO.- El valor de la prima técnica podrá ser revisado, previa evaluación de los criterios con base en los cuales fue otorgada. También podrá ser revisado cuando el empleado cambie de empleo. En ambos casos la revisión podrá efectuarse a partir de la fecha de expedición del correspondiente acto administrativo de revisión.”.*

Dentro de este límite, al empleador le corresponde fijar el monto en que se reconocerá la prima técnica, según el artículo 9º del Decreto 1661 de 1991:

*“ARTÍCULO 9º.- Otorgamiento de Prima Técnica en las entidades descentralizadas. Dentro de los límites consagrados en el presente Decreto, las entidades y organismos descentralizados de la Rama Ejecutiva, mediante resolución o acuerdo de sus juntas, consejos directivos o consejos superiores, tomarán las medidas pertinentes para aplicar el régimen de Prima Técnica, de acuerdo con sus necesidades específicas y la política de personal que adopten.”.*

Con más precisión, el Decreto 2164 de 1991, en su artículo 8, dispuso que el Jefe de la entidad determinaría los factores de ponderación de la prima técnica, así:

*“ARTÍCULO 8º.- Ponderación de los factores. La ponderación de los factores que determine el porcentaje asignable al empleado, por concepto de prima técnica; será establecida mediante resolución, por el Jefe del organismo, o por acuerdo o resolución de las Juntas o de los Consejos Directivos o Superiores, en las entidades descentralizadas, según el caso.*

*(...)”.*

Por su parte, La U.A.E Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales reglamentó la materia mediante la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 7o. – CUANTIFICACION PARA EL OTORGAMIENTO DE LA PRIMA TECNICA.**

*Para los funcionarios a que se refiere el artículo 2o. de la presente resolución que cumplan los requisitos mínimos de estudio y experiencia, mencionados en el artículo anterior, el Director podrá otorgar hasta un 601% de la asignación básica como Prima Técnica, teniendo en cuenta su experiencia, los estudios, la docencia, los escritos e investigaciones o ensayos y monografías y los cursos realizados en el interior o en el exterior del país, relacionados con el cargo y la actividad que realiza la entidad.*

*Para la cuantificación antes mencionada, se tendrán en cuenta las siguientes ponderaciones máximas:*

*Por el cumplimiento de los requisitos mínimos mencionados en el artículo 6o. de la presente resolución, hasta 30 % de la asignación básica.*

*Por competencia especial del Director siempre y cuando se cumplan los requisitos mínimos establecidos en el artículo 6o<sup>4</sup>. de la presente resolución, se puede llegar a **otorgar hasta un veinte (20%) de la asignación básica del funcionario, teniendo en cuenta su experiencia, los estudios, la docencia, los escritos, investigaciones, ensayos, monografías y los cursos realizados en el interior o en el exterior del país, relacionados con el cargo y la actividad que realiza la entidad.**” (Negrillas a propósito).*

Posteriormente, dicha entidad expidió la Resolución 8011 del 23 de noviembre de 1995, que se refirió a la tasación del monto de la aludida prima, en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 5o. PONDERACIÓN DE FACTORES, POR FORMACIÓN AVANZADA, EXPERIENCIA Y CAPACITACIÓN.**

*La prima técnica se otorgará en los siguientes porcentajes, sin que en ningún caso se supere el cincuenta (50%) por ciento de la asignación básica:*

---

<sup>4</sup> ARTICULO 6°.- .REQUISITOS MINIMOS INDISPENSABLES PARA EL OTORGAMIENTO DE LA PRIMA TECNICA.

*Adicionalmente a los requisitos mínimos para el ejercicio del empleo en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contemplados en el artículo 22 de la Resolución 01522 del 29 de abril de 1994, se deberá acreditar:*

*El título de formación avanzada en programas de postgrados y tres (3) años de experiencia profesional calificada de acuerdo con el artículo 4 de la presente resolución.*

*PARAGRAFO 1.- El título de formación avanzada cuando se acredite la terminación de los respectivos estudios, podrá compensarse por tres (3) años de experiencia altamente calificada, para un total de seis (6) años de experiencia.*

*PARAGRAFO 2.- Los requisitos de estudios de formación avanzada podrán ser reemplazados por seis (6) años de experiencia altamente calificada, para un total de nueve (9) años de experiencia.*

*PARAGRAFO 3.- Se entiende por título de formación avanzada, de postgrado o especialización todo aquel que se haya obtenido como resultado de estudios posteriores a la adquisición del título universitario (profesional) y no inferiores a un año académico de duración, en universidades nacionales o extranjeras, debidamente reconocido u homologado de acuerdo con las normas legales que regulan la materia.*

*PRIMERO. A quienes cumplan con los requisitos mínimos, tanto por el ejercicio del cargo como para la obtención de la prima técnica, el veinticinco (25%) por ciento del salario básico, porcentaje que se incrementará como se indica a continuación, cuando se desempeñe los siguientes cargos:*

*A) El cinco por ciento (5%) adicional, cuando se desempeñe como jefe de Grupo;*

*B) El diez por ciento (10%) adicional, cuando se desempeñe como jefe de división, o en cargos de especial responsabilidad, o se desempeñen funciones que demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados.*

*C) El quince por ciento (15%) adicional cuando se desempeñe como administrador local o delegado.*

*D) El veinte por ciento (20%) adicional, cuando se desempeñe como Subdirector, Jefe de Oficina, Subsecretario, administrador regional o especial;*

*E) El veinticinco por ciento (25%) cuando se desempeñe como Director, Subdirector General o Secretario General;*

*SEGUNDO. A quienes acrediten actividades de capacitación en educación no normal, se les podrá reconocer hasta un diez (10%) por ciento adicional, contabilizados según la siguiente tabla*

<i>Hasta</i>	<i>299 horas, el 2%</i>
<i>De 300 a</i>	<i>499 horas, el 4%</i>
<i>De 500 a</i>	<i>699 horas, el 6%</i>
<i>De 700 a</i>	<i>899 horas, el 8%</i>
<i>De 900 horas en adelante,</i>	<i>el 10%</i>

*Las horas se consideraran de la siguiente manera:  
(...)*

*TERCERO. A quienes acrediten experiencia adicional a la requerida para el cargo y la prima técnica, se les podrá reconocer hasta un diez (10%) por ciento adicional, contabilizados según la siguiente tabla.*

<i>De 1</i>	<i>a 2 años, el 2%</i>
<i>De más de 2 años a 4 años,</i>	<i>el 4%</i>
<i>De más de 4 años a 6 años,</i>	<i>el 6%</i>
<i>De más de 6 años a 8 años,</i>	<i>el 8%</i>
<i>De más de 8 años en adelante,</i>	<i>el 10%.</i>

*CUARTO. A quienes acrediten, además de los requisitos para el cargo y para la asignación técnica, postgrado o carrera profesional adicionales a las requeridas, tendrán derecho al 50% de la asignación básica que perciba el funcionario en el cargo del cual es titular.”.*

Así tenemos que el Director de la DIAN reglamentó la forma de establecer el porcentaje de la prima técnica en dos oportunidades: Primero a través de la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, y luego, por medio de la Resolución 8011 de 23 de noviembre de 1995. Esto significa que los empleados de la DIAN, que en calidad de profesionales son beneficiarios de la prima técnica, pudieron consolidar el derecho bajo la Resolución

3682 del 16 de agosto de 1994, o con la Resolución 8011 de 23 de noviembre de 1995.

Ahora bien, no se desconoce que el artículo 7° de la Resolución 8011 de 23 de noviembre de 1995, expresamente derogó la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, empero, también debe repararse en los términos que lo hizo. Veamos:

*“ARTÍCULO 7° VIGENCIA. Esta Resolución rige **desde la fecha de su publicación** y deroga las Resoluciones 3682/94, 5144/94, 4960/94 y 5647, todas expedidas en 1.994, y demás disposiciones que le sean contrarias”.*

Se desprende del enunciado del texto derogatorio, que la Resolución No. 8011 de 23 de noviembre de 1995, no tiene efectos retroactivos frente a las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la Resolución No. 3682 del 16 de agosto de 1994, pues entró a regir a la fecha de su publicación.

Así las cosas, el asunto se reduce a examinar el momento en que el empleado del nivel Profesional consolidó el derecho a la prima técnica, pues ello determina el reglamento aplicable.

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

En el asunto de la referencia la señora Beatriz Parra Mosquera, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de la Resolución 3087 de 30 de abril de 2019 “*Por la cual se reconoce una prima técnica en cumplimiento de un fallo judicial*”. Igualmente, solicitó la nulidad de la Resolución 5054 de julio de 2019 “*Por la cual se rechaza por improcedente un recurso de reposición*”, ambas proferidas por el Director General de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Ahora bien, se reitera que no está en discusión si la demandante reunía los requisitos para ser beneficiaria de la prima técnica, en la modalidad de formación avanzada y experiencia altamente calificada, pues tanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como el Consejo de Estado, por medio de las sentencias del 25 de febrero de 2016 y 17 de octubre de 2018, respectivamente, determinaron que había operado el régimen de transición del Decreto 1724 de 1997. Así, el Tribunal de cierre determinó

expresamente en que la actora consolidó el derecho en los siguientes términos: *“en este caso la actora tuvo derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica el 21 de octubre de 1994, fecha en que ingresó a la entidad y ya cumplía con los requisitos para ser beneficiaria de la prestación”* (folio 79).

Así las cosas, es válido afirmar que la señora Beatriz Parra Mosquera adquirió el derecho a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada el 21 de octubre de 1994. Bajo este postulado, el reglamentó aplicable para calcular el monto de la prima técnica, es el vigente para la fecha de consolidación del derecho, que no es otro, que la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994.

Siendo así, el Director de la DIAN estaba compelido a reconocer el 30% de la prima técnica por cumplir con los requisitos adicionales al cargo, conforme lo disponen los artículo 6° y 7° de la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, arriba transcritos. Esta afirmación se realiza con base en la citada sentencia del 25 de febrero de 2016 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según la cual la actora superaba los requisitos mínimos adicionales al cargo Especialista de Ingresos Públicos Nivel 49 Grado 27, pues este cargo requería mínimo título de especialista y un año de experiencia posterior a la obtención del título (folio 75).

Esta información se corrobora con las pruebas allegadas al plenario. En efecto, la documental aportada revela que para el 21 de octubre de 1994, la actora superaba los 8 años de prestación de servicios, pues en la Contraloría General de la República había laborado desde el 6 de noviembre de 1986 hasta el 8 de julio de 1994. Igualmente, el Superior tuvo en cuenta en su providencia el título profesional de abogada otorgado por la Universidad Católica de Colombia que ostentaba la actora desde el 30 de septiembre de 1983. También se tuvo en cuenta el título de Especialista en Derecho Administrativo que lo había obtenido el 31 de octubre de 1989, y que luego, el 19 de abril de 1996, obtuvo el título de Especialista en Gestión Pública.

Sin embargo, el restante 20% para completar el 50%, quedó supeditado a la valoración que realizara el Director de la DIAN, conforme al artículo 7° de la

Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, vigente para el 11 de julio de 1997. Para el efecto, según el enunciado reglamento, se debía tener en cuenta “*su experiencia, los estudios, la docencia, los escritos, investigaciones, ensayos, monografías y los cursos realizados en el interior o en el exterior del país, relacionados con el cargo y la actividad que realiza la entidad*”.

Al respecto, el Director de la DIAN mediante la Resolución No. 3087 de 30 de abril de 2019 “*Por la cual se reconoce una prima técnica en cumplimiento de un fallo judicial*”, se pronunció en los siguientes términos<sup>5</sup>:

*“Que acorde con el precepto del artículo 7° de la Resolución 3682 de 16 de agosto de 1994, para efecto de determinar el restante 20% a reconocer por prima técnica, se ha verificado la existencia de los siguientes criterios de ponderación:*

*Su experiencia adicional, (4 años, 8 meses y 9 días).*

*Los estudio, (Título de especialista en gestión pública)*

*La docencia (NA)*

*Los escritos (NA)*

*Investigaciones (NA)*

*Ensayos, (NA)*

*Monografías (NA) Y*

*Los cursos realizados en el interior o en el exterior del país, relacionados con el cargo y la actividad que realiza en la entidad (122 horas de educación no formal)”. (Las negrillas son del texto).*

Con base en estos factores de ponderación, el Director de la DIAN otorgó el 7.5% del restante 20%, por lo cual la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada se le concedió en el 37.5%.

El Despacho observa que la decisión del empleador de no otorgar el total del 20%, para que la aludida prima técnica ascendiera al 50%, se ajusta a derecho. La razón estriba en que la actora sólo satisfacía 3 de los 8 factores de ponderación o cuantificación del beneficio, establecidos en el artículo 7° de la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, conforme se destaca en la parte transcrita del acto acusado, la Resolución 3087 de 30 de abril de 2019. Si dividimos el 20% en 8 factores obtenemos que cada factor representa el 2.5%, como la actora cumplió con tres factores – estudio, experiencia y capacitaciones – resultaba lógico que sólo se le reconociera el 7.5% del 20%.

---

<sup>5</sup> Folio 26.

Así tenemos que la entidad le otorgó el 30% por requisitos mínimos, más un 7.5% por otros factores de ponderación, lo que permitió que el monto de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada ascendiera al 37.5%, como se reconoció en el acto acusado.

De esta forma, el Despacho desestima la acusación del libelista, según la cual la entidad actuó caprichosamente o arbitrariamente. La administración tampoco necesitaba acudir al reglamento posterior, esto es a la Resolución No 8011 de 23 de noviembre de 1995 “*Por la cual se establece el procedimiento y ponderación de factores para otorgar la Prima Técnica*”, pues el acto aplicado, la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, no tenía ningún vacío en materia de factores para otorgar el porcentaje de la prima técnica reconocida previamente con carácter judicial.

En ese sentido, frente al argumentó el libelista, según el cual la Resolución No. 8011 de 23 de noviembre de 1995 derogó la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, se reitera que la actora accedió al derecho el 21 de octubre de 1994, esto es, en vigencia de la Resolución No. 3682 del 16 de agosto de 1994, fecha para la cual no había entrado a regir la Resolución 8011 de 23 de noviembre de 1995.

A ello se suma, que el artículo 10 (Parágrafo) del Decreto 2164 de 1991 no estableció que la prima técnica concedida se pueda revisar por modificación, derogación y entrada en vigencia de un nuevo reglamento. Por el contrario, la precitada norma expresamente señala que su monto sólo se podrá revisar con base en los mismos criterios que se otorgó, o cuando el empleado cambie de empleo, como se lee a continuación.

*“PARÁGRAFO.- El valor de la prima técnica podrá ser revisado, previa evaluación de los criterios con base en los cuales fue otorgada. También podrá ser revisado cuando el empleado cambie de empleo. En ambos casos la revisión podrá efectuarse a partir de la fecha de expedición del correspondiente acto administrativo de revisión.”*

Por si lo anterior no fuese suficiente, a la actora se le aplicó el régimen de transición del Decreto 1724 de 1997 con base en la Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994. Vale anotar que los regímenes de transición, en materia prestacional, se caracterizan porque permiten la vigencia ultra activa de las normas derogadas, con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que

tenían los empleados de conservar el derecho con el régimen derogado. Ello implica decir que la actora tenía que someterse en su integridad a la Resolución No. 3682 del 16 de agosto de 1994. Por manera que hizo bien la entidad de regirse por esta última Resolución, y no aplicar la Resolución No. 8011 del 23 de noviembre de 1995

Bajo tales consideraciones, concluye el Despacho que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad. En vista que los actos acusados se profirieron conforme a la normativa general y reglamentaria arriba expuesta, se deberá negar la pretensión de nulidad, como las consecuentes que se plantearon con la demanda.

#### **5.5. COSTAS.**

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte 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 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. 004, de hoy 11 de marzo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**

**Juez**

**Juzgado Administrativo**

**018**

**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **9a7ed113577bfec29cb4b279ea5da025c08e079dc690fc514addcfac22240e96**

Documento generado en 09/03/2022 12:56:54 PM

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

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



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

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

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11001-33-35-018-00**2020-00252-00**  
**Demandante: ÉDGAR NOGUERA PERALTA**  
Demandada: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –  
CREMIL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **ÉDGAR NOGUERA PERALTA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.200.759 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, correspondiendo dictar sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

-Pretende el demandante que se declare la nulidad del acto administrativo No. 690 CREMIL 20439688, consecutivo anual 94340 del 30 de octubre de 2019, por medio del cual la entidad demandada negó al actor el cómputo de la prima de actividad, la reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:

- i)** Reliquidar y reajustar la prima de actividad en la asignación de retiro del actor a partir del 01 de julio de 2007, en el mismo monto o proporción en que se le reajuste la asignación del militar activo correspondiente en su mismo grado, aplicando el principio de oscilación.
  
- ii)** Reconocer y pagar el incremento y reliquidación de las asignaciones de retiro subsiguientes pagadas, desde el 1 de julio de 2007 y hasta el año 2020.
  
- iii)** Dar cumplimiento a la sentencia en aplicación de los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.
  
- iv)** Efectuar el respectivo ajuste e indexación desde el 1 de julio de 2007 y hasta la fecha en que se hizo efectivo el retiro del actor, teniendo en cuenta los aumentos legales anuales, conforme a lo ordenado en el inciso 5 del artículo 48 de la Constitución Política, y al artículo 187 inciso 3 de la ley 1437 de 2011.
  
- v)** Pagar las costas y agencias en derecho que resultaren del proceso de conformidad al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

## **1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** Que laboró con la Fuerza Aérea durante 21 años, 06 meses y 12 días, siendo retirado por solicitud propia el 10 de noviembre de 2002, mediante la Resolución No. 258 del 10 de noviembre de 2002.

**1.2.2.** Que, mediante Resolución No. 589 del 01 de abril de 1993, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, le fue reconocida la asignación de retiro en el grado de Suboficial Técnico Jefe (R), en un porcentaje del 70% de su asignación básica.

**1.2.3.** Que, mediante la Resolución No. 2965 del 13 de junio del año 2002, se le liquidó la prima de actividad como factor computable en un 25%, respecto de su salario básico.

**1.2.4.** Que el Decreto 2863 de 2007 publicado en el diario Oficial No. 46.702 el 27 de julio de 2007, modificó parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y dictó otras disposiciones que incrementaron el porcentaje de la prima de actividad.

**1.2.5.** Que, a partir del 01 de julio de 2007, CREMIL le reajustó la prima de actividad del 25% al 37,5% de la asignación básica; lo cual, debe ser en el mismo monto o proporción en que se ajustó al personal activo (16,5%), por razón del incremento de que tratan los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007.

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

La parte actora estima desconocida la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en el orden interno mediante la Ley 16 de 1972, y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante Ley 319 de 1996; los Convenios 95, 100 y 111 de la OIT; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 25, 29, 53, 83, 93, 209 y 228 de la Constitución Política; las Leyes 16 de 1972, 4ª de 1992, 319 de 1996 y 923 de 2004; así como los decretos 1211 de 1990, 4433 de 2004, 2863 de 2007, artículos 2° y 4°; estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostiene que al negarle al actor el reajuste y la reliquidación en su asignación de retiro, incluyendo el reajuste en la prima de actividad a partir del año 2007 (ante la expedición del Decreto 2863 de 2007), la entidad demandada desconoce su naturaleza salarial y legal en cuanto a que, se origina por ser un pago que se retribuye directamente en su asignación de retiro con motivo de haber prestado sus servicios a la patria por más de 20 años; el cual no reconoció ni reajustó conforme a lo ordenado en los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007 a partir del mes de julio de dicho año.

Afirma que la prima de actividad se desarrolla con ocasión del artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, de conformidad con el cual, los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

Alude a que se debe tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, el cual señala que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Manifiesta que el acto administrativo acusado no está acorde con los tratados internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, a través de los cuales el Estado Colombiano se comprometió a respetar la Dignidad Humana y el Derecho al trabajo.

Señala que, se violaron los principios fundamentales del Estado Social de Derecho; los fines del Estado y la Constitución como norma de normas, pues el acto demandado discriminó al actor anulando sus derechos salariales y prestacionales, toda vez que afectó la base salarial para liquidar la asignación de retiro. Asimismo, señaló que desmejoró la capacidad de ingresos por pérdida del poder adquisitivo del actor, al negar la inclusión del porcentaje correspondiente al reajuste de la prima de actividad.

Asegura que CREMIL, al ser una entidad de derecho público, dotada de personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonial, debió haber procedido de forma directa a efectuar el respectivo reconocimiento y apropiar los rubros presupuestales pertinentes, que dieran lugar a la cancelación de los montos que se adeudan al demandante, por concepto de la Prima de Actividad.

Indica que, con su negativa, la entidad demandada violó varios principios fundamentales como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda e interpretación de las fuentes formales del derecho, agregando que el principio de progresividad se aplica a la Prima de Actividad que debió haber sido reajustada correctamente al

actor, por cuanto fue un derecho consolidado para nivelar la remuneración del personal retirado de la fuerza pública.

Refiere a que, de conformidad con la Ley 923 de 2004, el incremento de las asignaciones de retiro de las pensiones del personal de las Fuerza Pública será en el mismo porcentaje en que se aumentan las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en Servicio Activo; con base en lo cual asegura que el actor tiene derecho a que se le ajuste la prima de Actividad en un 16,5% y, en consecuencia, a que se le reajuste la asignación de retiro a partir del 1 de julio de 2007, conforme lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007.

Cita el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, contentivo de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, en un treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico, y señala que la demandada desconoció lo ordenado en el decreto al no reajustar en debida forma la prima de actividad en un porcentaje del 16,5%, que fue el reajuste efectuado al personal activo de las Fuerzas Militares.

Manifiesta que CREMIL desconoció el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007 que modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, en el sentido de incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1 de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990 y concluyó que: (i) con base en dicha normativa el Gobierno Nacional efectivamente hizo un reajuste del 16,5% de la prima de actividad para oficiales y suboficiales en servicio activo, quedando establecida la prima de actividad liquidada sobre el 49,5% del respectivo sueldo básico; y que (ii) conforme el párrafo segundo del artículo 2, para que el cómputo de la prima de actividad en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto Ley 1211 de 1990, y 141 del Decreto Ley 1212 de 1990, se ajustara el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%) y que para el efecto serán las indemnizaciones y cesantías, situación que no es aplicable en el caso del actor.

Así las cosas, afirma que se demuestra, que la entidad demandada interpretó y aplicó de forma equivocada el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, al no haber reajustado la prima de actividad en el mismo porcentaje que le fue ajustado a los activos y, en su defecto, aplicó lo previsto en el acápite dos del artículo 2 del citado decreto, norma que excluye precisamente la asignación de retiro y la pensión, para las cuales no se debe tener en cuenta el tiempo de servicio y precisamente fue lo que tuvo en cuenta y aplicó la entidad demandada, incurriendo en la violación de dicha norma.

Concluyó que, con anterioridad a la expedición del Decreto 2863 del 2007, el actor tenía reconocido, como prima de actividad, el 25% y que, a partir del 1° de julio del mismo año, le fue reajustada tan solo al 37,5%, como resultado de una errónea interpretación y aplicación de la ley, por cuanto, el señalado decreto, ordena en su artículo 4° el ajuste en la prima de actividad de oficiales y suboficiales de la fuerza pública con asignación de retiro o pensión, obtenida antes del 1 de julio de 2007, en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente.

### **III. CONTESTACIÓN**

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del 02 de marzo de 2021<sup>1</sup>, allegado vía correo electrónico, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifestó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normativa aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento. Y que, al respecto, desde la Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás

---

<sup>1</sup> La fecha de radicación fue el lunes 01 de marzo de 2021 a las **6:32 p.m.**, razón por la cual, se tiene como presentado el día hábil siguiente.

trabajadores; situación que actualmente se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3° de la Constitución.

Adujo que, en desarrollo de los preceptos constitucionales, se han proferido diferentes disposiciones legales, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son, entre otros, los Decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984, 095 de 1989, 1211 de 1990, y 4433 del 31 de diciembre de 2004, actualmente vigente.

Indicó que, frente al caso particular, se reconoció asignación de retiro al señor Técnico Jefe (R) de la Fuerza Aérea ÉDGAR NOGUERA PERALTA, mediante Resolución No. 589 del 01 de abril de 1993, misma fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación, encontrándose bajo la vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990, de conformidad con el cual, al actor se le computó la partida de prima de actividad en un 25%.

Manifestó que el Ministerio de Defensa Nacional expidió la Hoja de Servicios militares número 029 de 1993, en la cual consta que el demandante fue retirado de la actividad militar por solicitud propia y acreditó un tiempo total de servicio de 21 años 6 meses y 12 días, con fundamento en lo cual, la Entidad le reconoció el 25% como partida computable, por concepto de prima de actividad dentro de su asignación de retiro, toda vez que el artículo 159 del Decreto Ley 1211 de 1990, establece la forma en que dicha prima debe ser computada, señalando entre otras cosas que a los militares que tengan veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), les corresponde el 25% que, en este caso, fue el porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado, haciendo claridad que el porcentaje reconocido al actor fue el tope máximo permitido por el legislador, para la época.

Señaló que, para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de las Fuerzas Militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable denominado Prima de Actividad, tomando como punto de referencia lo devengado por los militares en actividad, en los porcentajes plenamente establecidos por la norma. Sobre este punto en particular, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 –

por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones– en su artículo 2° previó un incremento en el porcentaje de la mencionada prima que venían devengando los miembros en servicio activo en el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de lo devengado por todo concepto, a partir del 1° de julio de 2007.

En ese sentido, indicó que para garantizar el cumplimiento del principio de oscilación en esta materia a los miembros retirados del servicio en su artículo 4° equiparó el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros –tanto activos como retirados del servicio en el equivalente a un 50% de lo devengado– pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación –como asume el demandante– pues la normativa mediante la cual se establecieron estos porcentajes para liquidar la asignación descrita en los apartes anteriores, no fue modificada por la norma en comento.

Manifestó que es claro que el Decreto 2863 de 2007 dispuso un incremento en el porcentaje de la asignación de la prima de actividad –sin efectuar modificación alguna de los porcentajes que disponen el monto base para su liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento–, por cuanto este no es el sentido de la norma.

Con base en lo anterior, indicó que si se coteja lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 con el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfruta el demandante, se encuentra correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues a la Entidad le correspondía realizar un incremento del 50% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 25% al 37.5%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de su asignación de retiro. Lo anterior en razón a que el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro, por lo cual, lo que se pretende con la norma es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado en del activo correspondiente.

Aclaró que el principio de oscilación contemplado en el artículo 42 del

Decreto 4433 de 2004 tiene por objeto que el reajuste de la asignación de retiro sea igual al aumento de las asignaciones de actividad de cada grado, es decir, establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo, situación distinta a la analizada por el demandante, que refiere a la aplicación de este principio entre asignaciones de retiro adquiridas en regímenes diferentes en aspectos como la base de liquidación, la cual no es susceptible de este principio, pues la aplicación de dicho principio no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la Prima de Actividad, sino que al ya porcentaje reconocido se aplica al valor de la Prima de Actividad que estuviere devengando el personal en servicio activo.

Manifestó que, si el reconocimiento de la asignación de retiro de la parte actora cumple con el cómputo de la prima de actividad que continúa vigente en un monto proporcional al tiempo de servicio, acorde con lo establecido tanto en el Decreto Ley 1211 de 1990 como en el Decreto 2863 de 2007, el desconocimiento de los derechos adquiridos alegados en la demanda carece de fundamento, pues la administración no puede concederle un derecho que el ordenamiento jurídico no le ha conferido.

Alude a que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por tanto en el presente caso, el mismo no se ha vulnerado ya que es el legislador quien establece la escala gradual porcentual y los parámetros para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, y no puede equipararse un militar con otro cuya asignación de retiro es posterior y está sometido a un régimen jurídico distinto pues la situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente, lo cual significa que aquellos individuos que cuentan con una situación jurídica consolidada, no puede verse afectada, desconocida ni desmejorada por leyes posteriores, pero también que quienes se encuentren en ella no accedan a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos.

Concluyó de lo anterior que el demandante adquirió el derecho a percibir la asignación de retiro de conformidad con la norma vigente para la fecha de su retiro del servicio –Decreto 1211 de 1990–, incluyendo los porcentajes

establecidos, lo que significa que tales aspectos no pueden ser desconocidos, ni modificados por las nuevas regulaciones que indefinidamente introduzcan posteriores estatutos del personal en relación con las asignaciones de retiro, pues ello llevaría a desconocer el principio de la inescindibilidad de la ley, que prohíbe fraccionar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica, indicando que otra cosa es que la asignación de retiro se vea incrementada anualmente en virtud de los aumentos decretados por el Gobierno Nacional para el personal en actividad, evento en el cual tiene aplicación el principio de oscilación atendiendo a la condición más beneficiosa para el servidor como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado.

Aludió a que existe abundante jurisprudencia de los diferentes Tribunales Administrativos a nivel nacional a favor de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en donde se declara que la Entidad aplicó en debida forma lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, respecto al reajuste del porcentaje de la prima de actividad para el personal retirado antes de la entrada en vigencia del decreto referido, constituyéndose en un precedente el cual deberá acatarse y respetarse, para lo cual citó sendas providencias del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

De otra parte, propuso la excepción de **no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, argumentando que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto al realizar los incrementos anuales a las asignaciones de retiro con base en los Decretos Ejecutivos expedidos por el Gobierno Nacional, se corrobora el régimen prestacional especial que rige para este sector, diferente a la normatividad dispuesta para los demás servidores públicos que se enmarcan dentro del régimen general de seguridad social y, en consecuencia, no se enmarcan en ninguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 137 del CPACA.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **4.1 Parte demandante**

Mediante escrito del **09 de febrero de 2022**, el apoderado del actor, dentro de la oportunidad legal, presentó alegatos de conclusión, reiteró lo argumentado en el libelo demandatorio, indicando que la entidad demandada interpretó y aplicó de forma equivocada y errónea los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007, por cuanto la prima de actividad está compuesta de dos partes: un primer porcentaje que corresponde al de su reconocimiento inicial, el cual está regulado para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en el Decreto 1211 de 1990, que en el caso concreto fue del 25% por concepto de prima de actividad, y un segundo porcentaje, que corresponde al incremento de la prima de actividad contenido en el Decreto 2863 de 2007, esto es, un 50% de lo que percibe un miembro activo.

Por tanto, argumenta que dicha norma realiza una remisión expresa al artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, según el cual los Oficiales y Suboficiales activos de las Fuerzas Militares recibirán el 33% por concepto de prima de actividad, concluyendo que el incremento de la prima de actividad que corresponde al personal retirado de las Fuerzas Militares es del 16.5%.

Señaló que el actor tiene todo el derecho y le asiste la razón por estar protegido por la Constitución Política, por las disposiciones legales y jurisprudenciales que se ocupó de citar y porque recibió los salarios cuando estuvo en actividad y ha seguido devengando sus asignaciones de retiro, con dineros del presupuesto del Ministerio de Defensa, a través de CREMIL.

Asimismo, solicitó no ser condenado en costas ni agencias en derecho, en el evento de ser despachadas desfavorablemente sus pretensiones.

#### **4.2 Parte demandada**

Mediante escritos del **10 de febrero de 2022**, el apoderado del actor, dentro de la oportunidad legal, presentó alegatos de conclusión, y reiteró los argumentos expuestos en su contestación, señalando que en el caso particular, con fundamento en el tiempo de servicio acreditado por el actor, la Entidad le reconoció el 25% como partida computable por concepto de

prima de actividad dentro de su asignación de retiro, toda vez que el artículo 159 del Decreto Ley 1211 de 1990, establece la forma en que dicha prima debe ser computada, siendo el tope máximo para la época. De manera que, la prima de actividad se liquida conforme al Estatuto vigente para la fecha del retiro efectivo del personal y en la forma que aquél determine expresamente, razón por la cual en el *sub judice* no es aplicable la normativa aludida por el accionante.

Por lo anterior, señaló que no le asiste razón al demandante para solicitar la nulidad del acto acusado; de manera que el acto administrativo proferido en el caso bajo estudio se encuentra ajustado a derecho, motivo suficiente para no desvirtuar su presunción de legalidad y en consecuencia negar las súplicas de la demanda.

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

La señora agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES**

Frente a la excepción de **no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, este Despacho considera que los argumentos en ella expuestos 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 constituyen excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

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

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

**5.2.1.** Resolución No. 258 del 10 de noviembre de 1992, por la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al actor.

**5.2.2.** Resolución No. 589 del 1 de abril de 1993, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor.

**5.2.3.** Petición radicada ante la entidad demandada el 15 de octubre de 2019, mediante la cual el actor solicitó la reliquidación de la prima de actividad en un 41,5%.

**5.2.4.** Oficio No. 690 CREMIL 20439688, consecutivo anual 94340, del 30 de octubre de 2019, mediante el cual CREMIL negó la anterior solicitud.

**5.2.5.** Cuadro de liquidación de la prima de actividad reconocida al actor, desde el año 2007 con su respectiva indexación

**5.2.6.** Hoja de Servicios No. 029, con fecha de elaboración 10 febrero de 1993.

**5.2.7.** Certificación, sin fecha, mediante la cual el Coordinador del Grupo de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional indicó que la última unidad donde prestó sus servicios el actor fue en el Comando de Fuerza Aérea, guarnición Bogotá.

**5.2.8.** Expediente administrativo del actor.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO**

Tal como se determinó en providencia del 09 de septiembre de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la prima de actividad, como una de las partidas computables dentro de la asignación de retiro reconocida al demandante, debe o no ser reajustada a partir del 1 de julio de 2007, en un 41,5%, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007,

### **5.4. NORMATIVA APLICABLE AL CASO BAJO ESTUDIO**

#### 5.4.1. De la prima de actividad

La denominada “**prima de actividad**” constituye una partida reconocida a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública como parte de la asignación básica de los primeros y computable dentro de la asignación de retiro concedida a los segundos. También es reconocida al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

Así, la citada prima se encuentra establecida para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 equivalente al siguiente:

*“... al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico”*

Por su parte, el artículo 159 *ibídem*, regula el cómputo de la referida prima para el personal retirado en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 159. CÓMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD.** A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computa de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).

- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

- **Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).**

- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)”. (Negrillas del Despacho).

Al respecto, el 30 de diciembre de 2004, se expidió la Ley 923 de 2004, “[m]ediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”. El artículo 1° de la citada ley dispuso:

*"ARTÍCULO 10. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública."*

Fue así como, en desarrollo de la mencionada ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, *"Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*.

Dicho decreto detalló en su artículo 13 las partidas computables sobre las cuales se liquidarán la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, así:

**"ARTÍCULO 13.** *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La **asignación de retiro**, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 *Oficiales y Suboficiales:*

(...)

**13.1.2 Prima de actividad**" (Negrilla fuera de texto).

Posteriormente, en el año 2007, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2863 de 2007, mediante el cual se modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, disponiendo un incremento de la PRIMA DE ACTIVIDAD, tanto para el personal activo como para el retirado, en los siguientes términos:

*"Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:*

*Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.*

A su turno, el artículo 4° *ibídem*, determinó:

*"En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el*

*mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”.*

Conforme a esta última preceptiva se dispuso la incidencia de dicho incremento en la asignación de retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, retirado antes del 1° de julio de 2007, en virtud del principio de oscilación, preceptiva que aplica al demandante, por cuanto ostenta la calidad de retirado a partir del 31 de diciembre de 1992.

## **5.5. CASO CONCRETO**

### **5.5.1. La disposición legal aplicable es la vigente al momento del reconocimiento de la asignación de retiro.**

De las pruebas allegadas al expediente se advierte que mediante Resolución No. 589 del 01 de abril de 1993, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante por haber prestado sus servicios por 21 años, 06 meses y 12 días, razón por la cual al momento del retiro se le reconoció como prima de actividad un 25%.

Ahora bien, de la lectura del libelo demandatorio se advierte que lo pretendido es la reliquidación de la partida prima de actividad en su asignación de retiro, a partir del 1° de julio de 2007, en un porcentaje del 41.5% de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Sentencia del °1 de febrero de 2007, Magistrado Ponente doctor Ilvar Nelson Arévalo Perico, Expediente No. 2005-5390, señaló:

*"De esta forma el derecho a la asignación de retiro le fue reconocido al impugnante mediante la Resolución No. 2819 del 16 de junio de 2004, a partir de la fecha en que terminaron los tres meses de alta, esto es a partir del 16 de junio de 2004, según lo dispone el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, momento para el cual ya había recobrado plena vigencia: el Decreto 1213 de 1990, en virtud de la - reincorporación automática ordenada mediante la sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004, como consecuencia de la desaparición del ordenamiento jurídico del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003.*

*"Así las cosas, es claro que dada la fecha en la que al actor adquirió el derecho a devengar la asignación de retiro, vale decir, el 16 de junio de 2004, la disposición aplicable para efectos de liquidar la asignación de retiro u determinar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable en dicha prestación, es el Decreto 1213 de 1990, el cuál en su artículo 101, según quedó visto en párrafos precedentes, asigna diferentes porcentajes para la prima de actividad, dependiendo del tiempo de servicio prestado por el funcionario a la Institución Policial.*

*"En este orden de ideas, encuentra la Sala que la entidad accionada aplicó en debida forma el porcentaje de la prima de actividad al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, pues se encuentra acreditado dentro del expediente (fls. 3 a 4) que el actor contaba con un tiempo de servicios superior a veinte (20) años pero inferior a veinticinco (25) de tal forma que tenía derecho tan sólo al 20% del sueldo básico, por este concepto, asunto por el cual las súplicas de la demanda no está llamadas a prosperar" (subrayado fuera de texto)<sup>2</sup>.*

En el mismo sentido se pronunció el H. Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009<sup>3</sup>, así:

*"La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la fuerza pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.*

*Como la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada durante 20 años, 6 meses y 16 días, tenía derecho a que se le computara el 25% de prima de actividad en su asignación de retiro.*

*La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 096 de 1989, debido a que la fecha de retiro de la actora, 16 de mayo de 1990, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció como ya se dijo, que para los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro, un porcentaje del 25% lo cual aplicó la entidad demandada en la Resolución 5259 del 8 de noviembre de 1990".*

Así las cosas, bajo el marco jurisprudencial expuesto es claro que la prima de actividad constituye factor de liquidación para las asignaciones de retiro en los porcentajes y en los términos establecidos en las normas vigentes al momento del retiro del servicio y por ello no se puede aplicar la normativa en forma retroactiva a una situación que ya se encontraba definida en vigencia de la anterior.

---

<sup>2</sup>**En el mismo sentido ya se ha pronunciado, en punto de la prima de actividad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, mediante sentencias de 21 de julio de 2005, M.P. Dra. María del Carmen Jarrín Cerón, Exp. 03-1207, actor Carlos Alberto Uribe Santos, demandado Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y de 1 de febrero de 2007, M.P. Dr. Libar Nelson Arévalo Perico, Exp. 2005-5390, actor Rafael Beltrán Hernández, demandado la citada Caja.**

<sup>3</sup>M.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, exp: 25000-23-25-000-20021019401

Descendiendo al caso bajo examen, se evidencia que el señor Édgar Noguera Peralta, prestó sus servicios durante más de 21 años, siendo retirado del servicio a partir del 31 de diciembre de 1992, por lo que las partidas computables para la liquidación de su asignación de retiro son las establecidas en la norma vigente en esa época, es decir, el Decreto 1211 de 1990, el cual estableció un porcentaje del 25% para Oficiales y Suboficiales con más de 20 y menos de 25 años de servicio.

En ese sentido, fue con base en dicha norma y en el porcentaje allí establecido que la entidad demandada reconoció al demandante la partida computable de prima de actividad, por lo que el Despacho considera que su actuación se enmarca dentro de la Ley que rige la aludida prestación.

#### **5.5.2. Aplicación del Decreto 2863 de 2007 al caso particular del actor. Variación del criterio acogido por el Despacho.**

Mediante el Decreto 2863 de 2007, el Gobierno Nacional modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, *“por el cual se modificaron los sueldos básicos para los miembros de la fuerza pública y se dictaron otras disposiciones en relación con el régimen pensional y de asignación de retiro”*, entre ellas, se dispuso un incremento de la PRIMA DE ACTIVIDAD, tanto para el personal activo como para el retirado, en los siguientes términos:

*“Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:*

*Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.*

A su turno, el artículo 4° *ibídem*, determinó:

*“ En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”.*

Conforme a esta última preceptiva se dispuso la incidencia de dicho incremento en la asignación de retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional retirado antes del 1° de julio de 2007, en virtud del principio de oscilación, preceptiva que aplica al demandante, por cuanto ostenta la calidad de retirado a partir del 31 de diciembre de 1992.

Así las cosas, se acredita de la antedicha Resolución No. 589 de 1993 que la entidad demandada le reconoció al actor la prima de actividad en un 25%.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007 la entidad demandada interpretó que al porcentaje de prima de actividad devengado por el demandante al 1° de julio de 2007, se le debía aumentar el 50% que dispuso dicha norma, y en tal virtud al 25% de prima de actividad que devengaba el actor a dicha fecha, le aplicó el 50%, lo que equivalió al 12,5%, para un total de 37,5%, tal como se advierte del acto demandado.

Por su parte, el demandante entiende que el retirado tiene derecho a que se le incremente la partida de prima de actividad en el 50% de lo que percibe un miembro activo y que, por tanto, toda vez que los Oficiales y Suboficiales activos de las Fuerzas Militares recibirán el 33% por concepto de prima de actividad, el incremento para estos es del 16,5%, y que en este mismo porcentaje debe ser aumentada su prima de actividad, razón por la cual solicita el reconocimiento del 41,5%.

Es claro entonces que nos enfrentamos a una norma que admitió interpretaciones disímiles, siendo esta última la acogida por esta juzgadora en casos similares al que aquí se discute, entre otros, en fallo del 21 de febrero de 2019, DEMANDANTE: Orlando Guaqueta Vesga, DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

No obstante, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “B”, con ponencia de la doctora Sandra Lisset

Ibarra Vélez, en sentencia del 30 de noviembre de 2017, en un caso de similares características al presente, determinó:

***“De lo anterior, se tiene que CASUR ha venido reconociendo y liquidando al actor a partir del 1° de julio del 2007 la partida computable prima de actividad un 37.5%, según se prueba de los comprobantes de pago. En ese sentido la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 del 2007, de modo tal que antes del mes de julio de 2007 la parte actora tenía una prima de actividad del 25% y a partir de julio de 2007 comenzó a devengar un porcentaje del 37.5%, por lo tanto la entidad no le adeuda suma alguna por dicho concepto.*”**

*Para la Sala, cuando el artículo 4° del Decreto 2863 del 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, al remitirse al artículo 2° del mismo decreto se refiere en concreto al porcentaje del 50% y no al resultado de aplicar el 50% al 25% de que trata el artículo 142 del Decreto 2062 de 1984.*

***Es de resaltar que para el cómputo del aumento referido debe observarse el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, por cuanto de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, en tanto la disposición hace referencia al aumento en el valor de una variable, lo cual implica que el ajuste de la prima de actividad del 50% tiene lugar respecto de la proporción reconocida al demandante cuando consolidó su derecho.***

*En consecuencia, es del caso confirmar la sentencia de primera instancia, ya que los artículos 2° y 4° del Decreto 2768 del 2007 establecen expresamente que los Suboficiales con asignación de retiro de las Fuerzas Militares tienen derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, lo que no es nada diferente a que se le aplique el 50% de incremento del porcentaje de prima de actividad que percibe como retirado, que es lo que ha hecho la entidad demandada desde el 1° de julio del 2007.*

*Entonces, si bien es cierto el demandante tiene derecho a que se le incremente su prima de actividad, en el porcentaje consagrado en el Decreto 2863 del 2007, no es posible acceder a lo pretendido por el actor, por cuanto al revisar integralmente el expediente encuentra la Sala que la entidad demandada ya realizó el reajuste ordenado por dicho estatuto.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

En este sentido, esta juzgadora varió su posición y ha venido aplicando el criterio jurisprudencial expuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la sentencia anteriormente transcrita, y en ese sentido, concluye que la reliquidación de la prima de actividad realizada al actor se encuentra conforme a lo dispuesto en el decreto 2863 de 2007, pues al 25% de prima de actividad que devengaba al momento del retiro, la entidad demandada le aplicó el 50%, lo que equivalió al 12,5%, para un total de 37,5%, tal como se advierte del acto acusado, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se logró

desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado.

## **5.6. 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 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 lo expuesto en la parte motiva de 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 actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

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° 004 de hoy 11 de marzo de 2022 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA POLÓN CARACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**  
**Juez**  
**Juzgado Administrativo**  
**018**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **f45e8e008e59cb190079034626d35f285fbb417c0298059229727fa0a58d509**  
Documento generado en 09/03/2022 10:53:50 AM

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



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

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

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2021-00164-00**  
**Demandante: BILMA MARYURE ESCOBAR MORALES**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **BILMA MARYURE ESCOBAR MORALES**, identificada con cédula de ciudadanía No. 65.714.137, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

-Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el día 03 de noviembre de 2020, frente a la petición presentada el 3 de agosto de 2020, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCION POR MORA, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

- Que se declare que tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES

SOCIALES DEL MAGISTERIO-, le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

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

**(i)** Que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

**(ii)** Que se de cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

**(iii)** Que se ordene el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso

**(iv)** Que se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCION MORATORIA reconocida en esta sentencia.

**(v)** Condenar en costas al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

## **1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** El artículo 3 de la ley 91 de 1989, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

**1.2.2.** De conformidad con el párrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó como competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la CESANTIA de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

**1.2.3.** Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, el día 30 de julio de 2018, la actora le solicitó a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**1.2.4.** Que por medio de la Resolución 9003 del 16 de septiembre de 2019, le fueron reconocidas las cesantías a la actora.

**1.2.5.** Que esta cesantía fue cancelada el día 21 de junio de 2020, por intermedio de entidad bancaria

**1.2.6.** Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley, y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir del cual quede en firme el

acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

**1.2.7.** Que el Honorable Consejo de Estado, en multiplicidad de oportunidades se ha pronunciado al respecto de la manera como debe entenderse la disposición normativa, como en sentencia de Unificación del 27 de marzo de 2007, SU 02513, M.P. Jesús María Lemos Bustamante

**1.2.8.** Que la actora solicitó la cesantía el 30 de julio de 2018, siendo el plazo para cancelar el día 9 de noviembre de 2018, pero se realizó el 21 de junio de 2020, por lo que transcurrieron 590 de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

**1.2.9.** Que por medio de la Resolución No. 9003 del 16 de septiembre del 2019 le fue reconocida la cesantía solicitada a la actora. Esta cesantía fue pagada el día 21 de junio de 2020, por intermedio de entidad bancaria, toda vez que; en ningún momento la entidad demandada informó a la actora que tenía a disposición el dinero en la entidad bancaria para su retiro, como lo establece el código General del Proceso artículos 314 y 315 del C.G.P, por lo que existió una indebida notificación del auto donde ordenó la disposición del dinero de sus cesantías. En esos términos, y teniendo en cuenta que no se notificó a la actora de algún desembolso previo a la fecha de pago efectivo del 21 de junio de 2020, la prestación solo puede ser considerada cancelada una vez los dineros ingresaron en su patrimonio, por lo que el extremo final de la acusación de la mora es el indicado.

**1.2.10.** Que de la mora anteriormente descrita, se recibió el pago parcial por valor de \$28.077.665, razón por la cual, el valor adeudado a la fecha es de \$ 20.645.341.

**1.2.11.** Que con fecha 3 de agosto de 2020, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía

a la entidad convocada y ésta resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó de conformidad con el procedimiento administrativo a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos y sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

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

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

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

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

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Manifiesta que la Ley 1071 de 2006, buscó que una vez el empleado quedara cesante en su empleo, éste pudiera tener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos o al momento que perdiera su trabajo, igualmente la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65 días, después de radicada la solicitud, la cual fue ampliada a las cesantías parciales.

Así mismo, la referida Ley estableció los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía los cuales están siendo burlados por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **03 de agosto de 2021**, allegado vía correo electrónico el día **04 agosto** de la misma anualidad, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

**(i) Pago de la obligación:** Advirtió que una vez realizada la consulta en el aplicativo FOMAG 1, se evidencia que la mora generada por el pago tardío de las cesantías reconocidas mediante la Resolución 9003 de 16/09/2019, fue realizado el pasado 27/10/2020, conforme se evidencia y adjunta pantallazo del aplicativo, efecto para el cual solicita respetuosamente al Despacho requerir a la parte actora con la finalidad de desistir de las pretensiones, toda vez que el pago de la mora ya fue realizado por parte de la entidad.

**(ii) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria:** Señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer

mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

La sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.

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

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

Igualmente, propuso la excepción de **falta de integración del litisconsorte necesario**, la cual fue resuelta mediante auto del 30 de Septiembre de 2021, denegándose su prosperidad.

#### **IV. ALEGATOS**

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

Advierte el Despacho que el auto que corrió traslado para alegar, fue notificado por estado el 11 de febrero de 2022, término que vencía el 11 del mismo año, habiéndose presentado el **14 de febrero**, esto es de

forma extemporánea, circunstancia que impide tener en cuenta el escrito remitido vía correo electrónico por parte de la apoderada del actor en dicha fecha.

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

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20221180272931 del 01 de Febrero de 2022**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **340** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por el demandante.

No obstante lo anterior, solicita respetuosamente al despacho tener en cuenta dos puntos, (i) en primera medida que para el cálculo de la sanción moratoria se debe tener en cuenta la fecha de disposición de los dineros, por cuanto el no cobro de los mismos corresponde a un hecho ajeno a la entidad y sobre el cual no le es posible tener control, de allí que la fecha de reprogramación ante el no cobro del docente no puede ser alegada a su favor para el reconocimiento de más días de sanción mora. (ii) por otra parte, conforme se expuso en la contestación de la demanda, el pago de la sanción mora causada por el pago tardío de la cesantía reconocida mediante la Resolución 9003 de 16/09/2019 fue pagado vía administrativa el pasado 27/10/2020. En ese orden de ideas, solicita al Despacho se denieguen las pretensiones de la demanda y se dé prosperidad a la excepción de pago propuesta.

De otra parte, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la misma tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de dicha

depreciación y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la Administración, haciendo más gravosa la situación de la Entidad.

Pone de presente la obligatoriedad del precedente, indicando que el caso concreto corresponde a un tema que ya fue estudiado en sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado, en donde se fijaron reglas de obligatorio cumplimiento por parte de los Jueces y los Tribunales Administrativos, ya que dentro del texto de dicha jurisprudencia se contempló de forma expresa que lo previsto en dicho fallo debería aplicarse de forma retrospectiva.

Advierte, igualmente que con la expedición del Plan Nacional de desarrollo 2018-2022, expedido a través de la Ley 1955 de 2019, en su artículo 57 inciso final se estableció la prohibición de condena al FOMAG por mora generada a partir de la vigencia 2020.

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

#### **4.3. Ministerio Público**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

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

Frente a la excepciones de **pago de la obligación e improcedencia de la indexación de la sanción moratoria**, este Despacho considera que tales argumento 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 constituyen excepciones de mérito que impidan resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

Finalmente, en cuanto a la excepción de **imposibilidad de condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

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

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

**5.2.1.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2020-81208 del 03 de agosto de 2020, dirigido a la secretaria de Educación del Distrito de Bogotá, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías.

**5.2.2.** Resolución 9003 del 16 de septiembre de 2019, mediante la cual la Secretaría de Educación del distrito de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 30 de julio de 2018.

**5.2.3.** Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías quedó a disposición de la demandante el 16 de octubre de 2019 el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 23 de junio de 2020

**5.2.4.** Desprendible de pago del Banco BBVA, donde consta el pago de la sanción mora por valor de \$28.077.665.00 pesos M/cte., depositado

por la fiduciaria La Previsora S.A y que fue cobrado por la actora el 28 de octubre de 2020.

**5.2.5.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 22 de febrero de 2021, en la Procuraduría 131 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se señaló en la providencia proferida el **27 de enero de 2022**, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el día 3 de agosto de 2020, ii) si ésta tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, hasta la fecha en que fue reprogramada la cancelación de la misma y iii) si hay lugar o no a la indexación frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

Adicionalmente, deberá el Despacho determinar la prosperidad o no de la excepción de pago, propuesta por la apoderada de la entidad demandada.

### **5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.**

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por el demandante el 03 de agosto de 2020, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 03 de agosto de 2020, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

*(...)*”.

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

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

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

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

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este*

artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación” estableció en su artículo 4° que “Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”. (Negrillas del Despacho)

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

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

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

y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta el demandante.

#### **5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.**

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017<sup>1</sup>, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

*“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías. Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.*

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

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

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

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

sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

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

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

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

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

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

## **5.5. CASO CONCRETO.**

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

### **5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.**

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora BILMA MARYURE ESCOBAR MORALES, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación del distrito de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Municipal- Sistema General de Participaciones, Institución Educativa Tenerife-Granada Sur, calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

### **5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.**

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de término (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución 9003 del 16 de septiembre de 2019, la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **30 de julio de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **22 de Agosto del mismo año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **16 de septiembre de 2019**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **31 de julio de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **09 de noviembre de 2018**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **16 de octubre de 2019**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante en el expediente, incurriéndose en mora del **10 de noviembre de 2018 al 15 de octubre de 2019**.

### **5.3. De la Excepción de pago de la obligación**

Ahora bien, al momento de contestar la demanda, la apoderada de la entidad demandada consignó en ella pantallazo en el que se lee que mediante oficio 2020-EE-120934, se procedió al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por vía administrativa, por pago extemporáneo de las cesantías reconocidas mediante Resolución No. 9003 del 16 de septiembre de 2019 (que corresponde al acto administrativo que aquí se reclama) por el periodo comprendido entre el **10 de noviembre de 2018 y el 15 de octubre de 2019**, pago que corresponde a **340** días de mora y que ascendió a la suma de \$ 28.077.655.00, suma pagada a la actora el 27 de octubre de 2020 y reclamada por esta en la entidad financiera al día siguiente, como se evidencia en el desprendible de pago adjunto al proceso, encontrándose acreditado que la entidad demandada ya pagó el valor correspondiente a la sanción moratoria aquí reclamada.

En ese sentido, es importante advertir que la actora no cobró las cesantías que fueron reconocidas a su favor en la fecha en que fueron dispuestas para tal fin, es decir, el **16 de Octubre de 2019**, razón por la cual dicho pago fue objeto de reprogramación y cobrado hasta el **21 junio de 2020**, de manera que la falta de diligencia en el no cobro por parte de la actora, no puede ser utilizada en contra de la Administración y, en su beneficio.

Sobre el particular, en sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ- SALA DE DECISIÓN 3-, M.P. José Ascención Fernández Osorio, Rad: 15001-33-33-005-2019-00131-01 se señaló:

“(...)

*Los pronunciamientos citados permiten colegir que **el pago efectivo que da lugar a la cesación de la mora se configura cuando el Fomag pone los dineros correspondientes a disposición del beneficiario en la institución bancaria respectiva, pues este último tiene la carga de verificar su desembolso, incluso, haciendo uso de los mecanismos que ofrece la entidad para ese fin. Por ende, el Fomag no tiene la obligación de comunicar o notificar el pago, ya que el retiro o cobro***

*de los recursos no tiene consecuencias de cara a la sanción moratoria y tampoco revive su causación.”*

Así las cosas y como bien lo afirma la apoderada de la entidad demandada, la mora generada por el pago tardío de las cesantías ya fue reconocida y pagada, en los términos de la ley y la jurisprudencia sobre el tópico, principalmente en cuanto a los extremos temporales para el cálculo de la sanción.

De lo anterior se colige que no le asiste razón a la parte actora al pretender que se le reconozca la sanción moratoria hasta la fecha de reprogramación de los dineros, pues la omisión al reclamo de la consignación realizada el día **16 de Octubre de 2019**, es atribuible únicamente a la demandante.

En consecuencia, no comparte el Despacho la tesis formulada por la parte demandante, consistente en que para determinar la ocurrencia o no de la mora no puede tomarse la fecha en que la cesantía se pone a disposición, sino la fecha efectiva del pago, pues de aceptarse dicha posición, la administración quedaría a merced de la voluntad del beneficiario de acudir al retiro de la prestación cuando a bien lo quiera, con el consecuente detrimento patrimonial que esto acarrearía para los intereses de la administración, amén que quien se encuentra interesado en obtener el pago de la prestación reconocida a su favor es quien debe estar pendiente de acudir y obtener el mismo.

Conforme a lo expuesto, el Despacho dará prosperidad a la excepción de “**pago de la obligación**”, propuesta por la entidad demandada y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la demanda, pues la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que se predica del acto administrativo demandado.

## **5.6. 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 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:** Declarar probada la excepción de “**pago de la obligación**”, propuesta por la entidad demandada, conforme a las razones referidas en la presente providencia.

**SEGUNDO.-** NEGAR las súplicas de la demanda

**TERCERO.-** Sin costas a cargo de la parte actora.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**  
**JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 004 de hoy 11 de marzo de 2022 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CARACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**

**Juez**

**Juzgado Administrativo**

**018**

**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación:

**d6435d270f3c2f9300697366a6b949a9b6b8129d0315f4542bff7ff6bf1b5f5f**

Documento generado en 09/03/2022 09:13:22 PM

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



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

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

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11001-33-35-018-002019-00113-00  
**Demandante: DEYCI ERMINIA BAUTISTA RIOS**  
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD  
NORTE  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **DEYCI ERMINIA BAUTISTA RIOS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.584.439, 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 NORTE 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 11 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

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

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

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

**2.2. Legales:** Ley 6ª de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Decreto 2400 de 1979, Decreto 3074 de 1968, artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, artículo 51 del Decreto 1848 de 1968, artículo 25 del Decreto 1045 de 1978, Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, entre otras, normas.

Sostiene que la entidad desconoce la naturaleza del vínculo bajo la figura del contrato de prestación de servicios. Si bien, reconoce que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 facultó a las entidades para efectuar contratos de prestación de servicios, observa que la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 la declaró exequible, salvó que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada, es decir, que el contratista no actúe con independencia, sin perjuicio de los demás elementos como la prestación personal del servicio y la remuneración. Es más, señala que el artículo 54 (Num. 1º) de la Ley 952 de 2019 lo establece como falta disciplinaria.

En este caso, aduce que la demandante desempeñó funciones misionales de la entidad, en el cargo de Enfermera Jefe. Hace ver, igualmente, que en la entidad existe personal con el mismo cargo, pero vinculado con todos los beneficios legales de los servidores públicos. Esto lo dice, con el fin de argumentar que el cargo desempeñado tenía vocación de permanencia, por lo cual debió ser vinculada a la planta de personal. De ahí que exprese que la vinculación por prestación de servicios se hizo con el único fin de evadir las acreencias laborales, pues no existió independencia en el ejercicio de la labor. A ello le suma que cumplía horarios, el reglamento de trabajo, le suministraban los materiales y equipos de trabajo, debía portar carnet y uniforme de la entidad, con lo cual prueba la subordinación.

Agrega que la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, ha prolijado el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, del artículo 53 de la Constitución Política. Al respecto, citó apartes de las sentencias: C-053 de 1996 y C-094 de 2003

de la Corte Constitucional, y del 10 de octubre y 15 de mayo de 2013 del Consejo de Estado. En síntesis, señala que por vía judicial no se puede adquirir el status de empleado público, si hay lugar a la indemnización cuando se demuestra la subordinación. Precisa, que la indemnización consiste en pagarle las prestaciones sociales del empleado de planta y beneficios de la seguridad social.

Como corolario de lo anterior, estima vulnerados los principios de primacía de la realidad sobre la formalidad, de igualdad por la discriminación frente a los empleados de planta, y los alcances de la función pública establecidos en el Capítulo II de la Constitución Política, el artículo 54 (Num. 1º) de la Ley 952 de 2019, más las normas que regulan las acreencias laborales de los trabajadores. Citó la sentencia CE-SUJ2 No. 5 de 25 de agosto de 2016 en cuanto que acude a la sentencia C-614 de 2009. Termina con transcripción de las normas que contienen las acreencias laborales.

### **III. CONTESTACIÓN.**

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **12 de julio de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

**i) Prescripción trienal de derechos:**. Aduce que la jurisprudencia del Consejo de Estado determinó que las prestaciones sociales indemnizatorias se deben reclamar dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual, según la sentencia proferida dentro del radicado 25000 23 25 000 2006 08204 (1452-2013).

**ii) Legalidad del acto administrativo acusado:** A raíz de la presunción de la legalidad de los actos de la administración, considera que la administrada debe asumir la carga procesal de desvirtuar la legalidad, es decir, la ilegalidad debe demostrarse probatoriamente, ya que el acto demandado se encuentra ajustado a la ley.

**iii) falta de causa e inexistencia de la obligación:** Señala que entre los

contratos de prestación de servicios y la relación legal administrativa se presentan algunas circunstancias similares, lo cual no puede llevar a la conclusión que existió una relación laboral subordinada. A su criterio, los argumentos de la demanda no los estima suficientes, pues la administración tiene, en algunas ocasiones, la necesidad de mayor número de personal para cumplir sus cometidos, cuando no es suficiente la planta e personal, para el cumplimiento de ciertas actividades, sin que ello implique una relación laboral.

**iv) Inexistencia de la calidad de empleado público:** Expresó que la relación entre las partes surgió al amparo de un contrato de prestación de servicios, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Transcribió la precitada norma, con el fin de señalar que no permite que se configure una relación laboral, y por ende, no puede predicarse la calidad de empleado público.

**v) Genérica:** Solicita que se decrete de oficio cualquier otra excepción que se presente en el transcurso del proceso.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

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

El apoderado de la parte actora no presentó alegatos de conclusión.

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

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **11 de febrero de 2021**, allegado vía correo electrónico, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda. En esta ocasión, argumentó que las pruebas recaudas no son suficientes para demostrar el elemento esencial de la subordinación, conforme a las Sentencias C-386 de 2000 y C-665 de 1998. A su criterio, las pruebas no indican que la entidad ejerció la subordinación respecto de las actividades desarrolladas por la demandante, ni que recibiera órdenes, o que no hubiese prestado el

servicio con autonomía administrativa y técnica. Además, la actora trabajó al mismo tiempo en la Clínica El Bosque y el Politécnico Olaya, para lo cual requería tener disponibilidad del tiempo libre. Agregó que la jurisprudencia le atribuye la carga de la prueba a la accionante, sentencia de 5 de diciembre de 2019 del Consejo de Estado.

De otro lado, observó que existieron lapsos en que no se celebraron contratos de prestación de servicios, como son: los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2009, del 1° al 31 de enero de 2012, y del 1° de mayo de 2012 al 31 de enero de 2013. Esta afirmación la sustenta con el certificado suscrito por el Asesor Jurídico de la ESE, la cual no se tachó de falsa. En este sentido, solicitó la aplicación de la sentencia CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2021, en cuanto señala que hay solución de continuidad cuando transcurren más de quince (15) días entre uno y otro contrato. Igualmente, solicitó la aplicación del término de prescripción trienal de los artículos 51 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, pues se reclaman el pago de las prestaciones sociales allí establecidas.

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

La señora Agente del Ministerio público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES.**

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

Respecto a las excepciones 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.

Frente a la excepción de **prescripción de cada uno de los contratos**, se

precisa que será resuelta en acápite posterior de este escrito y en cuanto a la **genérica**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 11 de septiembre de 2020, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas en oficio en ese momento procesal, o la necesidad de estudiar, en esta oportunidad, otras distintas a las excepciones de fondo planteadas con la contestación de la demanda.

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

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

### **5.2.1. Documentales.**

**5.2.1.1.** Petición elevada por la actora el 14 de abril de 2018, con radicado 2018321021152, por medio de la cual solicitó a la entidad demandada la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto y por retención en la fuente, así como la sanción moratoria y ajustes de valor.

**5.2.1.2.** Oficio No. 20181100228451 del 5 de octubre de 2018, por medio del cual el Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. negó lo solicitado por la accionante, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el Código Sustantivo del Trabajo.

**5.2.1.3.** Certificaciones mediante las cuales el Director de Contratación, hizo constar los contratos de prestación de servicios que suscribió la señora Deyci Erminia Bautista Ríos expedidas el 3 de octubre de 2018 y 19 de abril de 2019. La primera indica que los contratos iban del 1° de mayo de 2009 al 30 de abril de 2016, la segunda, que comenzaron el 1° de abril

de 2009 al 30 de junio de 2016.

**5.2.1.4.** Acuerdo 7 de 29 de julio de 2008 y Acuerdo 10 de 2015 “*Por medio del cual se modifica el Manual de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Hospital de Engativá E.S.E.*”, respecto del cargo de Enfermero, Código 343, Grado 19 del Nivel Profesional.

**5.2.1.5.** Oficio radicado bajo el No. 2021330001103 del 8 de junio de 2021, por medio del cual el Director Operativo de Gestión Humana de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. señala que el cargo de Enfermero Jefe no existe en la planta de personal, en su lugar se encuentra el de Enfermero, Código 343, Grado 19.

**5.2.1.6.** Expediente administrativo que contiene la hoja de vida de Deyci Erminia Bautista Ríos, los contratos de prestación de servicios desde el año 2012 hasta el 30 de junio de 2016, con certificados de disponibilidad presupuestal, y el título de enfermera otorgado el 20 de marzo de 2008 por La Universidad de Cundinamarca.

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

**5.1.2.1** CD contentivo de la declaración de las señoras Cecilia Tarazona, y Beatriz Toca de Velandia, quienes rindieron testimonio ante este Despacho el 29 de octubre de 2020, e interrogatorio de parte realizado el mismo día 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 11 de septiembre de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora Deyci Erminia Bautista Ríos tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en el Hospital de Engativá, hoy Subred Integrada

de Servicios de Salud 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.

### **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.*

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 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

<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.

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

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

de 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.**”*

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

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

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

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma

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

*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.*

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

*Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del*

*contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.*

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

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

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

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

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el

personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

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

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

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

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

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

*c. Un salario como retribución del servicio.*

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

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

Ahora bien, frente a la existencia de una relación laboral, respecto de los servicios vinculados al sector salud, el Consejo de Estado consideró<sup>6</sup>:

*“Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, **la especialidad de que se revisten los servicios Médicos - entratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la***

---

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

**posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.**

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

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

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

Por su parte, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, 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).*

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

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

---

<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.

### **prestación de servicios**

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

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

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

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

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

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes

*deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.*

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

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

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

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

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

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

106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo,

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

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

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

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

#### **“2.3.3.3. Prestación personal del servicio**

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

Así mismo, en canto 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 recepcionados.**

El apoderado de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 29 de octubre de 2020, tachó el testimonio de la señora Cecilia Tarazona por imparcialidad, toda vez que en su declaración manifestó que promovió un proceso contra la entidad demandada, y la aquí demandante es testigo dentro del proceso de la declarante; por lo tanto, considera que tiene interés en las resultas del litigio, lo que conlleva a que sus declaraciones se vean afectadas de imparcialidad.

Descorrido el traslado de tal solicitud, el apoderado de la parte demandante indicó que la simple demanda que formule un trabajador a la empresa, no es suficiente para tachar de falso a un testigo, pues el artículo 230 de la CP establece el derecho de acceso a la administración que no puede ser visto como una conspiración o complot en contra de la administración, y existe precedente jurisprudencial. Explicó que el hecho que la propia demandante hubiese sido también contratada por prestación de servicios, demuestra que la entidad lo hace regularmente, la constituye en una persona idónea para rendir la declaración.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

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

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento 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, la señora Cecilia Tarazona en su declaración señaló que promovió un proceso en contra de la entidad demandada, y ha dado de también ha participado como testigo en procesos similares; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a su declaración, toda vez que su testimonio fue rendido bajo la gravedad de juramento, amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versión rendida por la deponente no resulta parcializada ni afecta su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación de la actora a la entidad demandada como compañera de trabajo que conoció de forma directa la manera como esta desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o

---

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

subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dicha declaración será valorada por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

### 5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora Deyci Erminia Bautista Ríos reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios como Enfermera Jefe en el Hospital de Engativá II Nivel ESE, ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

Por su parte, la entidad demandada mediante el Oficio No. 20181100228451 de 5 de octubre de 2018, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con la actora, obedeció a los contratos de prestación de servicios suscritos y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones.

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

#### **i) Prestación personal del servicio.**

Sobre el particular, cabe resaltar que de las certificaciones expedidas por el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios al Hospital de Engativá II Nivel ESE, de la siguiente forma:

No de Contrato	Fecha de Inicio	Fecha de Terminación	Honorarios
1649-2009	01 de mayo de 2009	31 de diciembre de 2009	\$2.052.160
0357-2010	01 de diciembre de 2010	31 de enero de 2010	\$1.259.280
1273-2011	01 de enero de 2011	31 de diciembre de 2011	\$2.121.933
0353-2012	01 de febrero de 2012	30 de abril de 2012	\$2.232.000
1424-2012	01 de mayo de 2012	31 de enero de 2013	\$2.232.000
0088-2013	01 de febrero de 2013	31 de enero de 2014	\$2.308.725
0226-2014	03 de febrero de 2014	31 de enero de 2015	\$2.100.000
0254-2015	02 de enero de 2015	31 de enero de 2016	\$2.426.884
1788-2016	01 de febrero de 2016	30 de abril de 2016	\$3.462.750

En este sentido, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios en el Hospital Engativá II Nivel a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios del 1º de mayo de 2009 al 30 de abril de 2016, cuyos objetos contractuales estaban encaminado a la prestación del servicio de enfermera, en algunos contratos se consigna como Enfermera Jefe y en otros como Profesional Universitaria del Departamento de Enfermería.

Así las cosas, se encuentra demostrado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se señaló en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión parcial o total de los derechos u obligaciones emanados de los mismos sin contar con la autorización previa y escrita de la entidad.

**ii) Subordinación o dependencia.**

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los Contratos de Prestación de Servicios se estableció que el contratista realizaría su actividad de manera independiente, sin generar vínculo laboral entre las partes.

Sin embargo, la testigo Cecilia Tarazona declaró que la demandante estaba bajo supervisión de una Coordinadora, quien le impartía órdenes al momento del recibo de turno, y registraba quienes cumplidamente recibían el turno. Además, adujo que la demandante tenía a su cargo a auxiliares y camilleros, y con base en la revista médica que le entregaba la Coordinadora, daba las órdenes. En la Planta de personal había de personal vinculado formalmente y por contrato, y si existía el cargo de Enfermero Jefe, lo cual le constaba porque varias enfermeras decían que

había vacantes pero no las proveían.

Estas apreciaciones las corroboraron con el testimonio de Beatriz Toca de Velandia, quien manifestó que la actora estaba subordinada al Jefe de Departamento de Enfermeras y el Coordinador (a). Preciso que existían Enfermeras Jefe o profesionales de Enfermería, que fungían como Coordinadores, algunas de las cuales las mencionó por nombre.

Claramente, expresó que la Coordinadora General impartía las órdenes. Además, dijo que tenía horarios, y la Coordinadora ejercía control sobre el mismo, y si un paciente se complicaba no podía abandonar el sitio de trabajo, aunque podía pedir permisos. La testigo agregó que a la demandante la hacían cumplir horarios mediante turnos que se fijaban por escrito, en planillas mensuales, de 7 a.m. a 7 p.m. Indicó que la demandante tenía personal bajo su cargo tanto contratista como de planta. Es más, señaló que ella era su jefe y en tal virtud le impartía órdenes. Dijo que la actora no se podía ausentar sin el permiso de la Coordinadora. También recibía capacitaciones conjuntamente con el personal de planta, sobre procedimientos e identidad de la entidad. Indicó que el personal disponible determinaba como se prestaba el servicio.

Si bien es cierto, la testigo Cecilia Tarazona apuntó que la accionante también prestó servicios en una clínica privada (Policlínico), no fue en horario igual al contratado en el Hospital, y además, conoció de personal de planta que trabajaba en otro lugar.

Al respecto, Beatriz Toca de Velandia declaró que la demandante trabajó en otros centros de salud, porque durante tres o cuatro meses el Hospital no pagó por una crisis económica, empero, precisó que no se le cruzaron turnos, pues tenía una hora para tomar el otro trabajo, y además, podía cambiar turnos. La actividad de enfermera jefe la tenía que prestar en el Hospital. No se podía ausentar sin el permiso de la Coordinadora. Recibía capacitaciones conjuntamente con el personal de planta, sobre procedimientos e identidad de la entidad. Indicó que el personal disponible

determinaba como se prestaba el servicio.

Estas declaraciones demuestran que fue la precaria situación del vínculo contractual, la que provocó la demandante ejerciera en sus tiempos libres otras labores similares, pero sin afectar el desarrollo de los contratos, ni generar independencia y autonomía frente a las obligaciones contractuales.

Aunado a ello, las declarantes coincidieron en que el Hospital entregaba los insumos y materiales, los cuales reclamaban en la farmacia. El servicio se prestaba en las instalaciones de la entidad demandada y recibían pagos mensuales en razón de los contratos. La declarante Velandia expresó que la demandante, en su calidad de Enfermera Jefe, tenía que estar pendiente de la situación de los pacientes, asistir a reuniones y presentar informes, y organizar el personal a su cargo, y firmaba los cambios de turno de sus dependientes.

En ese sentido, se concluye que la actora desarrollaba una función **misional** de la entidad que realizaba el personal de planta, frente al cual actuaba como subordinada, por lo 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 los horarios y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión, con el objeto de desarrollar funciones básicas que están dentro de su objeto social.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009<sup>10</sup>, señaló que existe una prohibición para celebrar contratos de prestación de

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-7615, demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2° (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968, actora: María Fernanda Orozco Tous.

servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, en la medida que se oculta la verdadera relación laboral, al sostener:

“(…)

*La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.*

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

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada una de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Deyci Erminia Bautista Ríos y el Hospital de Engativá II Nivel, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, para lo cual se exigía allegar la correspondiente hoja de liquidación de aportes por concepto de salud y pensión vigentes al respectivo mes, como se aprecia en el expediente administrativo. Los testigos declararon que la demandante recibía pagos mensuales.

Así las cosas, en criterio del Despacho 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 de Engativá II Nivel, como Enfermera Jefe, labor que, valga la pena anotar, **es propia de la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia del centro hospitalario al cual

prestaba sus servicios.

Si bien es cierto, el Director Operativo de Gestión Humana de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., por medio del Oficio 2021330001103 de 8 de junio de 2021, señala que cargo de Enfermero Jefe no existe en la planta de personal, en su lugar se encuentra el de Enfermero, Código 343, Grado 19, también se ha podido apreciar, en el respectivo Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales del Hospital de Engativá II Nivel, establecido mediante los Acuerdos 7 de 29 de julio de 2008 y 10 de 2015, que las funciones del cargo de Enfermero, Código 343, Grado 19 del Nivel Profesional, consistía en dirigir el personal a su cargo:

- “1. Coordinar y ejecutar con el personal a su cargo el cuidado de enfermería, específico del paciente, de acuerdo a los protocolos y procedimientos establecidos.*
- 2. Coordinar y evaluar la ejecución de labores del personal a su cargo.*
- 3. Coordinar actividades de enfermería intra y extrahospitalarias.”*

Al respecto, los testimonios señalaron que existía personal de planta que ejercía las mismas funciones que ejecutaba la demandante, y cumplían el mismo horario.

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 **Enfermero, Código 343, Grado 19**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre el Hospital Engativá, ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E, 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 salud y 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 adquiriera 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 Engativá II 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>11</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,*

---

<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 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”.

*en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión<sup>12</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”.*

## **5.6. 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, en sentencia del 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, señaló:

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

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

*Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política,*

---

<sup>12</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%”.

*consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978, que dispone:*

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

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

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

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

#### **5.6.2. Cesantías, intereses a las cesantías 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 las órdenes y los contratos de prestación de servicios entre las partes inmersas en la Litis, se encontraba en discusión dicho derecho y solo se hacen exigibles a partir de la sentencia que las reconozca.

#### **5.7. De la prescripción.**

Con el objeto de estudiar de oficio la excepción de prescripción, 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>13</sup>, según la cual “... **aqueellos 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**

---

<sup>13</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.

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

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

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

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

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

139. *Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que*

*opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.*

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

*(...)*”.

Y más adelante, agregó:

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

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

*[...] en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados*

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

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

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

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

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

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se 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, el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E, certificó el 3 de octubre de 2018 que la actora prestó sus servicios al Hospital de Engativá II Nivel ESE, así:

No de Contrato	Fecha de Inicio	Fecha de Terminación	Honorarios
1649-2009	01 de mayo de 2009	31 de diciembre de 2009	\$2.052.160
0357-2010	01 de diciembre de 2010	31 de enero de 2010	\$1.259.280
1273-2011	01 de enero de 2011	31 de diciembre de 2011	\$2.121.933
0353-2012	01 de febrero de 2012	30 de abril de 2012	\$2.232.000
1424-2012	01 de mayo de 2012	31 de enero de 2013	\$2.232.000
0088-2013	01 de febrero de 2013	31 de enero de 2014	\$2.308.725
0226-2014	03 de febrero de 2014	31 de enero de 2015	\$2.100.000
0254-2015	02 de enero de 2015	31 de enero de 2016	\$2.426.884
1788-2016	01 de febrero de 2016	30 de abril de 2016	\$3.462.750

Como puede verse, existió interrupción entre el 31 de diciembre de 2009 y el 31 de enero de 2010, el 1º diciembre de 2010 y el 1º de enero de 2011, y el 31 de diciembre de 2011 y el 1º de febrero de 2012. Sin embargo, sólo transcurrió un mes calendario, más no los treinta los días hábiles que exige la jurisprudencia citada en precedencia.

Si bien es cierto, la entidad aportó certificado del 19 de abril de 2019, también expedido por el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E, según el cual el servicio se interrumpió entre el 17 de julio al 1° de noviembre de 2009, no lo hizo con el fin de señalar que el certificado aportado con la demanda resultaba falso. Por manera que se genera una duda entre los dos certificados que deberá ser resuelta a favor del demandante, en razón a que la entidad sólo aportó los contratos de prestación de servicios a partir del año 2012. Esto significa que no se declarará la interrupción entre el 17 de julio al 1° de noviembre de 2009, sino que se dará credibilidad al certificado del 3 de octubre de 2019.

En igual sentido, se aprecia que el certificado aportado por la entidad, señala que los contratos de prestaciones se iniciaron el 1° de abril de 2009, más no el 1° de mayo de 2009. Empero, la aplicación del principio in dubio pro reo, implica que el beneficiario debe someterse en su integridad a la prueba aportada que le resulta favorable, razón por la cual se tomará como inicio de la relación contractual el 1° de mayo de 2009, pues no existe como verificar el dicho de la entidad.

Otra inconsistencia reside en la fecha hasta la cual se ejecutó el último contrato. En esta dirección, se aprecia que el certificado de la entidad de 19 de abril de 2019, señala que la vigencia de la relación contractual fue hasta el 30 de junio de 2016, más no hasta el 30 de abril de 2016 como se indica en el certificado del 3 de octubre de 2018 anexo a la demanda. El Despacho logró cotejar con los contratos de prestación de servicios que la última prórroga u otro si fue hasta el 30 de junio de 2016, sin embargo, como la parte actora sólo pretende hasta el 31 de mayo de 2016, y así se ratificó al fijar el litigio, se tomará esta fecha como el final de la relación laboral.

En síntesis, el reconocimiento salarial y prestacional reclamado, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, se hará sobre los periodos que hubo vocación de permanencia en la labor, así:

- Del 1° de mayo de 2009 al 31 de diciembre de 2009
- Del 31 de enero al 1° diciembre de 2010
- Del 1° de enero al 31 de diciembre de 2011
- Del 1° de febrero al 30 de abril de 2012
- Del 1° de mayo de 2012 al 31 de enero de 2013
- Del 1° de febrero de 2013 al 31 de enero de 2014
- Del 3 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015
- Del 2 de enero de 2015 al 31 de enero de 2016
- 1 de enero de 2016 al 31 de mayo de 2016

Resta decir, que aunque el actor reclama que el vínculo contractual se generó desde el 1° de marzo de 2008, no se reconocerán desde esta fecha porque no se logró demostrar con prueba documental, como la ya estudiada. Esto significa que se negarán los periodos reclamados del 1° de marzo de 2008 al 30 de abril de 2009 por no estar debidamente probados.

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

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por el contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, 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 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 ley138, 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 de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE, 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 el en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados.

## **VI. 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,

## **VII. RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLARAR** la existencia de la relación laboral entre la señora Deyci Erminia Bautista Ríos, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.584.439 y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E, (antes HOSPITAL DE ENGATIVA II NIVEL).

**SEGUNDO.- DECLARAR** la nulidad del Oficio No. 20181100228451 del 5 de octubre de 2018, por medio del cual el Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte 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.- DECLARAR** infunda la excepción de prescripción de los contratos celebrados por las partes, de conformidad con las consideraciones realizadas en el esta sentencia.

**CUARTO.-** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E, reconocer y pagar a la señora DEYCI ERMINIA BAUTISTA RÍOS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.584.439, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas que devenga un **Enfermero, Código 343, Grado 19**, 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: **i)** Del 1° de mayo al 31 de diciembre de 2009, **ii)** del 31 de enero al 1° diciembre de 2010, **iii)** del 1° de enero al 31 de diciembre de 2011, **iv)** del 1° de febrero al 30 de abril de 2012, **v)** del 1° de mayo de 2012 al 31 de enero de 2013, **vi)** del 1° de febrero de 2013 al 31 de enero de 2014, **vii)** el 3 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015, **viii)** del 2 de enero de 2015 al 31 de enero de 2016, y **ix)** del 1° de enero de 2016 al 31 de mayo de 2016.

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

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

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

**QUINTO.- ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a:

i) **PAGAR** a la señora DEYCI ERMINIA BAUTISTA RÍOS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.584.439, los valores que canceló por los conceptos de pensión en virtud de las órdenes y contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por Ley al empleador, durante el tiempo comprendido entre el **1° de mayo de 2009 al 31 de mayo de 2016, salvo sus interrupciones.**

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora y los que se debieron efectuar **COTIZAR** la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó 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.

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

fórmula:

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

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

**SEXTO.-** Sin costas a cargo de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE - E.S.E

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

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

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

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

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

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**

**JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 004, de hoy 11 de marzo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CARACHO Secretaria

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**

**Juez**

**Juzgado Administrativo**

**018**

**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación:

**2e7da673ab13c42ceeee96dafa529040482caf16341b3d83cf567b009c  
30ffba**

Documento generado en 10/03/2022 12:27:44 PM

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

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