

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17001-33-33-004-2017-00504-00
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	NARDA KATERINE RÁTIVA HERNÁNDEZ
Demandado:	ESE HOSPITAL SANTA TERESITA DE PÁCORA-CALDAS
Sentencia:	203

**1. ASUNTO**

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

**2. ANTECEDENTES**

**2.1. Pretensiones:**

1. Declarar que en la decisión tomada en contra de mi poderdante por parte de la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA DE PACORA hubo FALSA MOTIVACION, por lo cual habrá de decretar la NULIDAD del oficio GER 060- de 2017, mediante el cual se negó el derecho solicitado en la reclamación administrativa.
2. Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se declare que entre la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora, representado por su Gerente o director general, y NARDA KATHERINE RATIVA HERNÁNDEZ como empleada, existió una relación legal de trabajo (Contrato realidad) desde el día 01 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015, en el cargo de MEDICO GENERAL.

Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se cancelen a NARDA KATHERINE RATIVA HERNANDEZ los siguientes créditos laborales:

3. Se cancelen las cesantías por todo el tiempo laborado en la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora.
4. Se cancele la prima de servicios por todo el tiempo laborado en la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora.

5. Se cancele la compensación dineraria de las vacaciones por todo el tiempo laborado en la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora.
6. Se cancele la prima de vacaciones por todo el tiempo laborado en la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora.
7. Se cancele la prima de navidad por todo el tiempo laborado en la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora.
8. Se cancele la bonificación por servicios prestados por todo el tiempo laborado en la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora.
9. Se cancele el valor de los aportes a seguridad social integral sobre el salario realmente devengado en el porcentaje que le corresponde a la entidad para cada uno de estos.
10. Se restituyan los valores correspondientes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales en el porcentaje que le correspondía cancelar a la entidad por sus empleados, el cual mi poderdante debió sufragar.
11. Que las sumas reconocidas como prestaciones sociales y aportes a la seguridad social sean debidamente indexadas.
12. Se cancele la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo después de transcurridos 70 días hábiles desde la solicitud de cesantías definitivas radicada en la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora y hasta el momento en que se produzca el pago efectivo.

PRETENSION SUBSIDIARIA: en caso de que la anterior pretensión no sea concedida, solicito al despacho como pretensión subsidiaria se ordene a la entidad que si al cabo de los 70 días hábiles de la sentencia estar en firme, no ha cancelado el valor de las cesantías ordenadas, cancele la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

13. Se cancele el valor del recargo nocturno, dominicales, festivos, por todo el tiempo laborado en la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pacora.
14. Se cancele todo aquello que constituya factor salarial para los empleados públicos de la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora.
15. Que se conceda a mi poderdante el REINTEGRO a sus labores como empleado público en el cargo de MEDICO GENERAL que venía desarrollando al momento de su despido, o a un cargo de igual o mejor jerarquía.
16. Que se declare que en el presente caso no existió solución de continuidad, y por lo tanto se ordene cancelar los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta que se produzca el reintegro.

Que se condene a cancelar las costas procesales.

## 2.2. Supuestos fácticos:

La demanda tiene sustento en los siguientes hechos:

La señora NARDA KATHERINE RATIVA HERNANDEZ, laboró al servicio de la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA de Pácora durante el año 2015 como Médico

General en Servicio Social Obligatorio de esa entidad a través de contratos de prestación de servicios así: - Contrato 002- 2015. - Contrato 120- 2015.

Los servicios fueron prestados desde el 1 de enero de 2015, hasta el 31 de diciembre de 2015, siendo terminada la relación laboral sin que mediara razón legal alguna.

La causa de la desvinculación del cargo de Medico General sólo se contrajo a que el director del Hospital no quiso contar más con los servicios de mi poderdante, pese a la existencia indispensable de la materia del trabajo que es la de Medico General, cargo imprescindible e insuprimible, dada la actividad misional de la entidad como lo es la prestación de servicios de salud.

La relación legal descrita se presentó de manera continua por la accionante, ininterrumpida dentro de los extremos descritos, cuya función, entre otras, era la de prestar servicios Profesionales en medicina general en cumplimiento del Servicio Social Obligatorio en Medicina.

El salario devengado por la labor desempeñada que era cancelado por el Hospital era de cuatro millones doscientos mil pesos (\$4.200.000) mensuales, sin vacaciones, ni pago de primas, bonificaciones, ni los demás derechos laborales de cualquier empleado público.

El horario de trabajo era con disponibilidad de 24 horas, turnos de 8 horas, 12 horas día, 12 horas noche, dependiendo de la programación que realizara el hospital, sin poderse desplazar a ninguna parte a su arbitrio o viajar por su cuenta a otra localidad, permanencia absoluta, sólo con descansos algunos días, pero siempre y cuando hubiese reemplazo, pero trabajaba todos los días incluyendo sábados y domingos, por lo que se reclaman los máximos establecidos por la ley en cuanto al horario que pueda trabajar un empleado público al mes.

La accionante siempre estuvo bajo las órdenes del Hospital Santa Teresita de Pácora, por intermedio del Representante legal y el personal administrativo de dirección confianza y manejo, así como a entera disposición del Hospital mismo, recibiendo capacitaciones y asistiendo de manera obligatoria a actividades desarrolladas por el hospital.

### **2.3. Normas violadas y concepto de la violación:**

Decretos 1042 y 1045 de 1978, Ley 269 de 1996, Ley 50 de 1981, Decreto 2396 de 1981, Ley 1164 de 2007, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1919 de 1993, Ley 1071 de 2006.

Asevera que la entidad accionada al contratarla a través de contratos de prestación de servicios, desconoció los elementos que rigen toda relación laboral y que para realizar el objeto para el cual fue creada la ESE, no puede utilizar los contratos de prestación de servicios, pues su único fin es disfrazar la relación legal y reglamentaria existente y desconocer los derechos laborales del empleado.

Menciona que, en una entidad pública del orden territorial como lo es la entidad demandada, existe este cargo como misional, con sus respectivas denominaciones, naturaleza, funciones y requisitos mínimos, asignados por el artículo 3 del Decreto 1335 de 1990 como MÉDICO DE SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO- 321505.

Agrega que, toda vez que es clara la prohibición de, se encuentra probada la falsa motivación en que incurrió la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora al momento de expedir el Oficio demandado, ya que utilizaron la figura del contrato de prestación de servicios con el fin de disfrazar una verdadera relación legal y reglamentaria y desconocer los derechos laborales a que tiene derecho cualquier empleado público en la entidad demandada.

#### **2.4. Contestación de la demanda:**

La ESE Hospital Santa Teresita de Pácora contestó la demanda en los siguientes términos:

Mencionó que a la demandante no se le aplican las disposiciones que señala como violadas, toda vez que el vínculo que sostenía con la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora, era mediante contrato de prestación de servicios autorizado por la normatividad vigente para el año 2015, para el caso de los profesionales que debían prestar el servicio social obligatorio, acudiendo a ocupar las cinco plazas aprobadas para la entidad, en razón a no existir el cargo en la planta de cargos y ante todo porque era una de las formas de vinculación que permitían las disposiciones que reglamentaron el servicio social obligatorio.

Adujo que la accionante no tiene derecho a que se le otorgue el derecho pretendido, porque su vínculo con la entidad era temporal, solo para cumplir con el requisito del servicio social obligatorio, aunado a que su vinculación fue por contrato de prestación de servicios con autonomía e independencia, percibiendo unos honorarios.

Refirió que el Hospital Santa Teresita de Pácora no adeuda suma alguna a la demandante, toda vez que los honorarios acordados con los servicios prestados como médico en servicio social obligatorio fueron efectivamente cancelados a la contratista en término y oportunidad.

#### **2.5. Alegatos de conclusión:**

##### **2.5.1. Parte demandante:**

Indicó que de las pruebas debatidas en el proceso se encuentran probados los tres elementos de la relación laboral y solicitó acceder a las súplicas de la demanda.

##### **2.5.2. ESE Hospital Santa Teresita de Pácora- Caldas:**

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y los medios de defensa propuestos, indicando que el servicio social obligatorio no hace parte de la vinculación legal y reglamentaria con la que se accede al empleo público.

### 2.5.3. Concepto del Ministerio Público:

No presentó concepto.

## 3. CONSIDERACIONES

### 3.1. El Fondo del asunto:

Se pretende la nulidad de una actuación administrativa por medio de la cual se negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre la accionante y la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora y el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos derivados de la mencionada relación.

### 3.2. Problema Jurídico:

*¿Tiene derecho la accionante a que se reconozca en su favor la existencia de un contrato realidad con ocasión de la labor prestada como médico en Servicio Social Obligatorio y, por ende, el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos que de ello se deriva?*

### 3.3. Premisas jurisprudenciales y normativas:

#### 3.3.1. El principio de primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral y su relación con el contrato realidad

El mencionado principio ha sido decantado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup> en los siguientes términos:

*Al consagrar los principios mínimos fundamentales de las relaciones de trabajo, el artículo 53 de la Constitución dispone que uno de ellos concierne a la “primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”. Este principio indica que al momento de determinar la naturaleza del vínculo que relaciona a una persona que presta sus servicios con aquella que se beneficia de ellos, debe dar prioridad a la verdad que se deriva de la labor empírica que se desempeña, cuando a través de ella se exterioriza una relación laboral, más que a la nominación que las partes le pretendan dar al contrato que las une.*

*Así las cosas, por encima de las formalidades, impera la realidad objetiva y empírica que consolida una relación, sin importar la modalidad contractual adoptada y la denominación empleada para el contrato. En la práctica, este principio busca privilegiar el reconocimiento por parte de los jueces de los hechos vinculados sustantivamente con un contrato de naturaleza laboral, impidiendo que a través de actos formales se oculte o disfrute una relación de trabajo, con el único propósito de evadir las obligaciones que se derivan de esta categoría de negocio jurídico.*

<sup>1</sup> Sentencia C-185/19. Referencia: Expediente D-12890. Magistrado Sustanciador: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Bogotá DC, ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

*Sobre el particular, en la Sentencia C-665 de 1998, este Tribunal manifestó que: “[c]onforme lo establece el artículo 53 de la Carta (...), el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades.”*

*Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho que “el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad (...) implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral”, siempre que por parte del interesado se acredite, de forma incontrovertible, los elementos que identifican dicha relación, esto es, la prestación de una actividad personal, el reconocimiento de un salario o retribución por dicho servicio, y la continuada subordinación o dependencia.*

*La naturaleza jurídica de este principio se identifica entonces a partir de dos finalidades que le son propias, por una parte, se convierte en un mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico laboral, pues impide que derechos de orden público y de naturaleza cierta e indiscutible sean desconocidos por las partes a través de actos simulados que pretenden ocultar la realidad de una relación de trabajo; y por la otra, impide el fraude a las garantías mínimas de los trabajadores, a través de convenios que buscan prescindir de la existencia de las normas protectoras y de tutela que brinda el derecho laboral.*

*En este contexto, el principio de primacía de la realidad sobre las formas tiene una aplicación de naturaleza concreta, subjetiva y específica frente a los casos en los que se oculta la presencia de una relación laboral. Ello implica, por un lado, que le corresponde al interesado en desentrañar la naturaleza real del vínculo, probar y acreditar los elementos esenciales que lo identifican; y por el otro, que –a partir de dicha exigencia probatoria– no cabe su uso de manera general o universal frente a categorías jurídicas abstractas definidas por el legislador.*

*Así lo ha sostenido el Consejo de Estado, al señalar que “[p]ara efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo.”*

*En el mismo sentido, la Corte ha expresado que, en cada caso “que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación (...) de trabajo [deben proceder] a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.”*

*En conclusión, el principio de primacía de la realidad se aplica en los casos donde se aprecie una disconformidad entre la práctica (hechos) y el contrato (formalidad) suscrito. No obstante, su reconocimiento no opera de forma general o universal frente a las distintas categorías jurídicas de naturaleza contractual definidas por el legislador, toda vez que su operancia depende de cada caso concreto, en donde se debe acreditar por el interesado que se presentan los tres elementos esenciales que identifican la relación laboral.*

Se establece entonces que el principio de primacía de la realidad sobre las formas tiene una aplicación concreta cuando en una vinculación contractual en la modalidad de contrato de prestación de servicios (inciso 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993), la cual no genera ninguna relación laboral como tampoco el pago de salarios y prestaciones sociales, se verifica en la realidad una verdadera relación de trabajo a partir del

cumplimiento de sus componentes, esto es, la prestación personal del servicio, la retribución y la subordinación, por lo cual emerge una relación de trabajo que conlleva a que el contratista acceda a las prestaciones sociales y demás emolumentos a los que tienen derecho los trabajadores o empleados que cumplen iguales funciones.

Conviene aclarar que la parte demandante debe probar de manera inequívoca la existencia de los tres elementos mencionados, además de que la aplicación del principio de primacía de la realidad no confiere la condición de empleado público al contratista, pues dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado.

### **3.3.2. El régimen laboral y prestacional de los profesionales que cumplen el servicio social obligatorio**

El servicio social obligatorio fue creado a través de la Ley 50 de 1981, que estableció:

*ARTÍCULO 1. Crease el Servicio Social Obligatorio, el cual deberá ser prestado dentro del Territorio Nacional por todas aquellas personas con formación Tecnológica o Universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto -Ley 80 de 1980. El término para la prestación del Servicio Social Obligatorio, será hasta de un año.*

*PARÁGRAFO. El cumplimiento del Servicio Social Obligatorio se hará extensivo a los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, que pretendan ejercer su profesión en el país, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales.*

*ARTÍCULO 2. El Servicio Social Obligatorio se prestará con posterioridad a la obtención del respectivo título y será requisito indispensable y previo para obtener la refrendación de dicho título, para vincularse a cualquier organismo del Estado y para ejercer la profesión dentro del Territorio Nacional.*

*PARÁGRAFO 1. Toda persona al recibir el título deberá dirigirse a la autoridad delegada por el Consejo Nacional Coordinador del Servicio Nacional Obligatorio creado por la presente Ley, con el objeto de inscribirse para el cumplimiento de dicho servicio.*

*PARÁGRAFO 2. Basados en la inscripción de que trata el parágrafo anterior, el Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio o la autoridad en la cual éste delegue, procederá a efectuar la adjudicación de los cupos necesarios del Servicio Social Obligatorio y a expedir la licencia provisional para el ejercicio de la profesión durante el cumplimiento de dicho servicio.*

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 50 de 1981 preceptuó: «Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio».

Posteriormente, el artículo 6 del Decreto 2396 de 1981, «Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la Salud», determinó que los profesionales egresados del programa de medicina, entre otros, debían cumplir el servicio social obligatorio.

Luego, se expidió la Resolución 795 de 22 de marzo de 1995, emanada del Ministerio de Salud, «*Por la cual se establecen los Criterios Técnicos Administrativos para la Prestación del Servicio Social Obligatorio*», que dispuso:



*ARTICULO 1. Establecer los siguientes criterios para que las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud, certificadas, aprueben y renueven las plazas para el ejercicio del Servicio Social Obligatorio.*

[...]

*7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cual presten sus servicios.*

*8. El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc.*

[...]

*ARTÍCULO 10. Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de la planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones.*

[...]

*ARTÍCULO 12. Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio.*

Posteriormente, la Ley 1164 DE 2007 “*Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud*”, estableció:

**ARTÍCULO 33. DEL SERVICIO SOCIAL.** *Créase el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, el cual debe ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, en entidades relacionadas con la prestación de servicios, la dirección, la administración y la investigación en las áreas de la salud. El Estado velará y promoverá que las instituciones prestadoras de servicios (IPS), Instituciones de Protección Social, Direcciones Territoriales de Salud, ofrezcan un número de plazas suficientes, acorde con las necesidades de la población en su respectiva jurisdicción y con el número de egresados de los programas de educación superior de áreas de la salud.*

*El servicio social debe prestarse, por un término no inferior a seis (6) meses, ni superior a un (1) año.*

*El cumplimiento del Servicio Social se hará extensivo para los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en los convenios y tratados internacionales.*

**PARÁGRAFO 1o.** *El diseño, dirección, coordinación, organización y evaluación del Servicio Social creado mediante la presente ley, corresponde al Ministerio de la Protección Social. Igualmente, definirá el tipo de metodología que le permita identificar las zonas de difícil acceso y las poblaciones deprimidas, las entidades para la prestación del servicio social, las profesiones objeto del mismo y los eventos de exoneración y convalidación.*



**PARÁGRAFO 2o.** El Servicio Social creado mediante la presente ley, se prestará por única vez en una profesión de la salud, con posterioridad a la obtención del título como requisito obligatorio y previo para la inscripción en el Registro Único Nacional.

**PARÁGRAFO 3o.** La vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales.

**PARÁGRAFO 4o.** El personal de salud que preste el Servicio Social en lugares de difícil acceso, tendrá prioridad en los cupos educativos de programas de especialización brindados por las universidades públicas, siempre y cuando cumplan con los demás requisitos académicos exigidos, igualmente gozarán de descuentos en las matrículas de conformidad con los porcentajes establecidos por las entidades educativas. El Gobierno Nacional reglamentará los incentivos para las entidades públicas o privadas de los lugares de difícil acceso que creen cupos para la prestación del servicio social.

**PARÁGRAFO 5o.** El Servicio Social creado en la presente ley sustituye para todos los efectos del personal de la salud, al Servicio Social Obligatorio creado mediante la Ley 50 de 1981. No obstante, mientras se reglamenta la presente ley continuarán vigentes las normas que rigen el Servicio Social Obligatorio para los profesionales de la salud.

La reglamentación del Servicio Social Obligatorio se estableció a partir de la Resolución No. 1058 de 2010 del Ministerio de la Protección Social, en la cual se definió este concepto de la siguiente manera:

**Servicio Social Obligatorio:** Es el desempeño de una profesión con carácter social, mediante el cual los egresados de los programas de educación superior del área de la salud contribuyen a la solución de los problemas de salud desde el campo de su competencia profesional, como uno de los requisitos para obtener la autorización del ejercicio, en los términos que definan las normas vigentes.

El Servicio Social Obligatorio se cumplirá por una única vez con posterioridad a la obtención del título profesional en medicina, odontología, enfermería y bacteriología.

Ahora bien, en lo que respecta a la vinculación y remuneración, el artículo 15 de la mencionada Resolución indicó:

**ARTÍCULO 15.** Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo, o, en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución.

Se deberán constituir pólizas para el aseguramiento de riesgos a que haya lugar. En cumplimiento de la Ley 1164 de 2007, en ningún caso los profesionales podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales. Para el caso de las zonas con poblaciones deprimidas urbanas y rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, las instituciones establecerán incentivos para los profesionales de la salud que ocupen dichas plazas,

*tales como, bonificaciones, primas, pago de transporte aéreo, marítimo, fluvial o terrestre, subvención del alojamiento y alimentación, entre otros.*

No obstante lo anterior, el artículo 15 citado fue derogado por el artículo 16 de la Resolución No. 2358 de 2014.

De los preceptos normativos descritos, se evidencia que quienes estén en cumplimiento del servicio social obligatorio gozan de los mismos salarios y prestaciones del personal de la entidad (con cargo equivalente) en la cual estén vinculados.

En conclusión, el personal que presta o cumple con el Servicio Social Obligatorio al estar sujeto a las disposiciones vigentes que en materia de personal, salarios y prestaciones sociales rigen a las entidades donde se presta dicho servicio, y su vinculación puede ser mediante nombramiento, contrato de trabajo o en su defecto contrato de prestación de servicios, mientras su retribución salarial será equivalente a la prevista en el plan de cargos para los profesionales que desempeñen los mismos en la planta de la institución de salud, sí que en ningún caso se les pueda disminuir o desmejorar salarial o prestacionalmente.

### **3.4. Las pruebas aportadas:**

#### **3.4.1. Parte Demandante:**

- Oficio GER 060- 2017 mediante el cual niegan la reclamación administrativa.
- Constancia de envío y recibido del Oficio GER 060- 2017
- Certificado de los factores salariales y prestaciones devengadas por los empleados públicos de la entidad demandada.
- Contrato 02 de 2015. - Contrato 120 de 2015.
- Actas mensuales de supervisión del contrato 02 de 2015.
- Actas mensuales de supervisión del contrato 120 de 2015.
- Estudio de conveniencia y oportunidad para contratar médico general para servicio social obligatorio para el primer semestre de 2015.
- Estudio de conveniencia y oportunidad para contratar médico general para servicio social obligatorio para el segundo semestre de 2015.
- Certificación de la planta de personal del año 2015 en la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA DE PACORA.
- Solicitud de conciliación.
- Constancia de no conciliación.
- Acta de audiencia celebrada el 3 de noviembre de 2017
- CD que contiene algunos de los contratos de prestación de servicios celebrados por la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA DE PACORA en el año 2015.
- Testimonios de las señoras Dariana Pereira Ruiz y Claudia Catalina Sánchez Granada, los cuales obran en video en el expediente digital.

### 3.4.2. Parte Demandada:

- Fotocopia de certificación de cumplimiento del servicio social obligatorio de NARDA KATHERINE RATIVA HERNÁNDEZ, expedido el 31 de diciembre de 2015, por el entonces Gerente de la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora.
- Circular No. 0117 de la Dirección Territorial de Salud de caldas del 25 de agosto de 2015 cuyo asunto es "RELACION DE PLAZAS VACANTES SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO MEDICINA- ODONTOLOGÍA- ENFERMERÍA- BACTERIOLOGÍA, PERIODO VACANTE 01 DE NOVIEMBRE DE 2015 AL 31 DE ENERO DE 2016.
- Copia de Oficio GER 097-2015 dirigido por el Gerente de la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora al Director General de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, en el cual da a conocer las plazas que quedarían vacantes para servicio social obligatorio del 1 de noviembre de 2015 al 31 de diciembre de 2016 para que sean reportadas ante el Ministerio de Salud.
- Copia del Convenio de desempeño para la ejecución del programa de reorganización, rediseño y modernización de la red de servicios de salud No. 000168 del 08 de noviembre de 2004, suscrito en el Departamento de Caldas y el Ministerio de Protección Social.
- Copia de la Resolución No. 0001877 de 2013 emanada del Ministerio de Salud y Protección Social "por medio de la cual se efectúa la categorización del riesgo de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial para la vigencia 2013".
- Copia del Decreto 1096 de 2015 "Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores, Alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones".
- Copia de cuadro de turnos de médicos elaborado por el grupo médico correspondiente al mes de marzo de 2015 y enviado a través de correo electrónico al Gerente de la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora.
- Relación de pagos de honorarios pagados a la demandante en los periodos comprendidos entre enero a diciembre de 2015.
- Interrogatorio de parte de la accionante.

### 3.5. Análisis del Despacho y conclusión:

Pasa el Juzgado a determinar si en el presente asunto la demandante desempeñó las funciones de Médico General del Servicio Social Obligatorio, a través de un contrato de prestación de servicios, que en la realidad enmascaró un verdadero contrato laboral.

Analizado el acervo probatorio arrojado al expediente encuentra el Despacho que la señora Narda Katherine Rativa Hernández suscribió dos contratos de "prestación de servicios profesionales como médico rural" con la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora, el primero entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2015 (002-2015) y el segundo entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2015 (120-2015).

No obstante lo anterior, asevera la accionante que se presentaron los tres elementos para que se configurara un verdadero contrato laboral, en este caso, los propios de una relación legal y reglamentaria con la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora.

Para efectos de dilucidar esta afirmación se analizarán cada uno de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo, a la luz del acervo probatorio recaudado en el proceso.

### **3.5.1. La prestación personal del servicio**

De los contratos suscritos entre la señora Narda Katherine Rátiva Hernández y la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora, se observa que en su objeto se establece que es una obligación de la contratista prestar sus servicios personales profesionales como Médico General en Servicio Social Obligatorio, en las diferentes áreas misionales del Hospital.

De conformidad con el material probatorio allegado, esto es, el interrogatorio de parte de la accionante y los testimonios de las señoras Claudia Catalina Sánchez Granada y Dariana Pereira Ruíz, quienes desarrollaron el Servicio Social Obligatorio durante el mismo período de tiempo y en la misma entidad que la accionante, efectivamente se demostró que la actora cumplió personalmente las obligaciones a que se comprometió en los contratos, además de que la entidad accionada acepta esa prestación personal del servicio.

### **3.5.2. La remuneración como contraprestación del servicio**

De los contratos de prestación de servicios, se evidencia que en ellos se pactó que la forma de pago sería por mensualidades vencidas, así:

*SEXTA: Las partes de mutuo acuerdo decidimos que el pago se realizará de conformidad con el flujo de recursos del sistema, mediante actas parciales, son 06 actas parciales, mes vencido cada una por valor de Cuatro Millones Doscientos Mil Pesos (\$4.200.000). (...)*

Las pruebas documentales visibles de folio 63 a 163 del C. 1 del expediente digitalizado (actas de supervisión de los contratos, informes de actividades, informes de horas laboradas, cuentas de cobro), dan cuenta del reporte que presentaba la accionante mes a mes, de las funciones realizadas y del pago que se le realizaba por parte de la ESE.

Así las cosas, es evidente que la demandante recibió remuneración por parte de la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora, como contraprestación por sus servicios, por lo que el segundo de los elementos que configura la relación laboral se encuentra demostrado.

### **3.5.3. Subordinación Laboral**

Este elemento se prueba con las declaraciones de la accionante y de los testigos, quienes afirmaron que se encontraban supeditadas al cuadro de turnos que elaboraba el Coordinador Médico, para el cumplimiento de un número de horas al

mes en: turnos para atención en urgencias, turnos de consulta externa y turnos de disponibilidad.

Así también, fueron contestes en afirmar que para ausentarse de sus labores o funciones debían solicitar permisos en primera instancia al Coordinador Médico, o en su defecto con el Gerente del Hospital.

Dichas declaraciones, son evidencia clara de que además de la prestación personal del servicio, estos servicios se prestaron bajo la subordinación y dependencia de la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora.

Además, este elemento también se encuentra demostrado de la siguiente manera:

#### **- El cumplimiento de órdenes**

De acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, el servicio se cumplía de acuerdo con las directrices impartidas por la ESE.

En efecto, tal como se desprende de las declaraciones la entidad de salud varió el sitio donde la accionante debía prestar sus servicios, es así como para mediados del año 2015 le ordenó hacerse cargo de un Puesto de Salud en la zona rural del municipio, donde debió asumir en su totalidad todas las funciones que demanda la administración y servicios en este nivel de atención.

Se deduce entonces, que la actividad desarrollada por el accionante como Médico General en Servicio Social Obligatorio, era de aquellas que debía ser realizado por un médico general de planta, y es que no es de recibo la aseveración de la entidad en su defensa, cuando aduce que en virtud del Convenio de Desempeño para la Ejecución del Programa de Reorganización, Rediseño y Modernización de la Red de Prestación de Servicios de Salud, no contaba en ese momento con personal de planta para cumplir estas funciones, pues ello no justifica que quienes fueran contratados para cumplirla, aún de manera temporal, no gozaran de todos los derechos laborales propios de una relación legal y reglamentaria como la que aquí se vislumbra.

Y si bien es cierto, las normas que regulan el Servicio Social Obligatorio, contemplan como una de las modalidades de contratación el contrato de prestación de servicios, este solo podría darse si efectivamente se cumplen con todos los presupuestos de este tipo de contratos, lo que no sucede en este caso.

Igualmente, de las pruebas aportadas se deduce que la demandante no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, pues cumplía su actividad de conformidad con el cuadro de turnos que elaboraba el Coordinador Médico de la entidad y por ende, se encontraba sometida a un horario establecido por la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora para prestar sus servicios, recibía una remuneración y prestaba personalmente las funciones para las cuales fue vinculada, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

#### **- Cumplimiento de horarios y disponibilidad de turnos:**

Las testigos que rindieron declaración dentro del proceso, fueron claras en afirmar que la demandante tenía que cumplir con una jornada laboral que era establecida por la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora de acuerdo con el cuadro de turnos, con mayor razón cuando debió desplazarse a la zona rural del municipio, donde su disponibilidad, según lo declarado por la misma accionante, debía ser permanente, pues era la única profesional de la salud que atendía este puesto de salud.

Así las cosas, se puede afirmar que el vínculo contractual que ligó a la actora con la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora, trascendió más allá de lo pactado, convirtiéndose en una verdadera relación laboral, en la que estuvieron presentes los elementos esenciales antes mencionados: prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación del servicio, y subordinación y dependencia.

Una vez determinada la existencia de una verdadera relación laboral, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta procedente declarar la nulidad del Oficio No. GER 060-2017 de junio de 2017, por medio del cual la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora negó la relación laboral existente entre la señora Narda Katerine Rátiva Hernández y la entidad de salud entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015.

En ese sentido, la administración encubrió la verdadera relación legal y reglamentaria que se estableció durante el periodo de tiempo señalado, beneficiándose ilegalmente de tal omisión, lo que impone a la administración de justicia restablecer los derechos de la accionante, pues como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia de las Altas Cortes, dada la particular desigualdad de las partes que conforman la relación laboral, en todo caso, debe prevalecer la realidad sobre las formalidades que, en virtud de esa condición de subordinación, el trabajador o empleado se haya visto en la obligación de aceptar.

### **3.6. Restablecimiento del derecho.**

Ahora bien, frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido pacífica al manifestar que por el solo hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar al demandante la calidad de empleado público, dado que es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión para que pueda adquirir tal calidad.

Sin embargo, sí se le deben reconocer, a manera de indemnización, las prestaciones sociales dejadas de percibir con base en los honorarios que devengó.

Así lo afirmó el Tribunal Administrativo de Caldas<sup>2</sup>, en reciente providencia donde se declaró la existencia de un contrato realidad entre una auxiliar de enfermería y ASSBASALUD ESE:

*“...La parte actora en la demanda instó al pago de las prestaciones sociales en igualdad de condiciones a los servidores públicos de la entidad, tales como primas de navidad y alimentación, vacaciones, prima de vacaciones, dotación de vestido y calzado, auxilio de*

<sup>2</sup> Sentencia 091. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021).

transporte, subsidio familiar, gastos de representación, bonificación por servicios prestados, bonificación de recreación, viáticos (constitutivo de factor salarial), incremento de salario por antigüedad, primas de servicios y demás prestaciones sociales diurnas o extraordinarias.

Sin embargo, no corresponde a este juez determinar de manera discriminada qué prestaciones sociales o emolumentos deben incluirse en la indemnización, pues aunque en este tipo de procesos se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos derivados de esta a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, este solo hecho no le puede otorgar la calidad de empleado público al contratista, tal como lo establecen los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, pues para adquirir esta categoría las normas constitucionales exigen: i) la existencia del cargo o empleo en la planta de personal; ii) la previsión de los emolumentos en el presupuesto de la entidad; y iii) que el ingreso al servicio se dé a través de una vinculación legal y reglamentaria, lo que supone la existencia de una designación válida (a través de nombramiento o elección) y la respectiva posesión del cargo, para poder ejercer las funciones del mismo.

Se declarará además que el tiempo laborado por la demandante mediante contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

Sobre el tema, se encuentra providencia del 28 de julio de 2005, expediente 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, y se precisó que:

*Para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA) que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente.*

*Aunado a lo anterior, debe advertirse que este juez desconoce qué prestaciones sociales podría tener un empleado en Assbasalud que desempeñaba un cargo equivalente al que desarrollaba la accionante, y en este sentido se podrían estar dejando por fuera rubros a reconocer o estar incluyendo otros que no corresponden, porque dentro del expediente no quedó acreditado este aspecto de ninguna manera.*

*Para el caso sub examine, y en atención a lo solicitado en la demanda, se ordenará a Assbasalud ESE reconocer y pagar a la demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones a que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho."*

Así las cosas, atendiendo a lo solicitado en la demanda, se ordenará a la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora reconocer y pagar a la demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones a que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho.

Lo anterior, por cuanto el hecho de que para la época de prestación del servicio (año 2015), la ESE se encontrara aplicando un plan de ajuste de su planta de personal, lo que conllevaba a no vincular Médicos Generales de planta, lo cierto es que dadas las áreas misionales que debe atender una Entidad Social del Estado, es imprescindible contar con profesionales de esta categoría, razón por la cual, la entidad debía contar con una tabla salarial y prestacional para estos profesionales, independientemente de la forma de vinculación, pues es claro que si la entidad de salud no contaba con médicos generales de planta, es evidente que debía contratar sus servicios aunque

fuera de manera temporal, como efectivamente ocurrió para el año 2015, pues no se podía suplir esta ausencia con contratos de prestación de servicios.

En ese sentido, el reconocimiento de prestaciones sociales deberá realizarse de conformidad con las tablas salariales y prestacionales con las que contaba la entidad para remunerar a un médico general, y en caso de no contar con ellas, las devengadas por un profesional universitario, cargo con el que sí cuenta la ESE, según certificación que obra a folio 43 del C. 1 del expediente digitalizado.

Así también deberán reconocerse los recargos nocturnos y los dominicales y festivos, los cuales pueden ser verificados por la entidad en los cuadros de turnos y en los informes de horas laboradas que mes a mes entregaba la accionante para justificar el pago como contraprestación del servicio, recargos que deberán ser tenidos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y aportes al régimen pensional.

Respecto de las horas extras, no se pronunciará el Despacho toda vez que solo fueron mencionadas por la parte demandante en los alegatos de conclusión, pero no se presentaron como pretensión ni en la solicitud de audiencia de conciliación, ni en el escrito de demanda.

Las sumas serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado y hasta que se haga efectiva la liquidación, en los términos fijados por el art. 192 del C.P.A.C.A., las que serán debidamente **INDEXADAS** conforme al ART. 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que son las prestaciones sociales dejadas de percibir por la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago.

### 3.7. Los aportes a seguridad social

Respecto a los aportes a seguridad social, quedó probado con los testimonios, con lo pactado en los mismos contratos y con las Planillas Integradas de Autoliquidación de Aportes- Comprobante de Pago aportadas al proceso, que la parte actora debió soportar con su propio peculio los aportes al sistema de seguridad social (salud, pensión y riesgos profesionales).



Sobre los aportes al sistema de seguridad social, el Consejo de Estado<sup>3</sup> estableció que:

*3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

*i) 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.*

*ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*

*iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

*iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*

*v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*

*vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*

<sup>3</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

(...)

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales (...)

En ese sentido, deberá la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante, que corresponde a 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 Rátiva Hernández 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 su parte, la demandante deberá cancelar o completar el porcentaje que le correspondía como trabajadora, en la eventualidad de que no se hubiera hecho o existiere diferencia en su contra.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los aportes a salud y riesgos laborales, el Consejo de Estado en reciente Sentencia de Unificación<sup>4</sup>, estableció:

*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*

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Sentencia de unificación por importancia jurídica. Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

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<sup>86</sup> 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,<sup>89</sup> 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.

Bajo este entendimiento, es que habrá de negarse la devolución de los aportes que la accionante hiciera al Sistema de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Laborales.

### 3.8. Del pago de la indemnización moratoria por la no consignación de cesantías

La demandante solicita el pago de la indemnización moratoria contenida en la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, por no haberse cancelado oportunamente el valor real de las cesantías que le correspondían, pretensión que habrá de ser denegada, toda vez que a la luz de los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006<sup>5</sup>, la sanción moratoria se genera a partir de la ejecutoria del acto administrativo que reconozca el derecho prestacional invocado. En este asunto queda claro que, apenas con el pronunciamiento judicial, se declara el derecho de la demandante al reconocimiento de cesantías, por lo que no puede concluirse automáticamente que la sanción por mora se ha configurado, en tanto no se han dado las situaciones fácticas que llevan a su acreditación.

Tampoco se accede a la pretensión subsidiaria, esto es, que se cancele la sanción moratoria si las cesantías no se han pagado dentro de los 70 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, pues el término así pedido no lo puede contabilizar el Juzgado de esa manera, en tanto el art. 192 de la Ley 1437 de 2011 sobre el

<sup>5</sup> "Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

"Artículo 5°. 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.

cumplimiento de fallos judiciales donde se imponen condenas con pago de sumas dinerarias, consagra unos términos para que las entidades procedan al cumplimiento de los fallos judiciales, a lo que ha de agregarse, que dentro de dicho procedimiento, el beneficiario de la condena también debe cumplir con unos trámites para el pago de la condena.

### 3.9. Del reintegro

Atendiendo a que por expresa disposición normativa el Servicio Social Obligatorio solo se ejecuta por el término de un (1) año, no hay lugar a ordenar el reintegro de la accionante al cargo que bajo esa modalidad desempeñó en el año 2015.

### 3.10. De la prescripción extintiva del derecho

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con radicación número 23001-23-33-000-2013-00260-01 y ponencia del Consejero Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, en el que se examinó la existencia de relación laboral derivada de la desnaturalización de contratos de prestación de servicios, luego de precisar las diferentes posturas sostenidas por las Subsecciones, concluyó:

*“En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el **régimen prestacional de los empleados públicos**, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.*

*Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad<sup>6</sup>, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales<sup>7</sup> y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales<sup>8</sup>, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas<sup>9</sup> e irrenunciabilidad a la seguridad social<sup>10</sup>.*

<sup>6</sup> Constitución Política, artículo 53.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. “El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción”.

<sup>9</sup> Constitución Política, artículo 25.

<sup>10</sup> Ibidem. artículo 48, inciso 2°.

(...)

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

*Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.*

(...)"

En esa misma sentencia de unificación en la parte resolutive se estableció que en cada proceso en el que se reconozca el vínculo laboral se debe realizar el análisis de la prescripción en el caso concreto.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, consagra: "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible". Según lo señalado en la norma, la persona tendría 3 años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible para realizar el reclamo respectivo, so pena que opere el aludido fenómeno procesal.

Dentro del expediente se encuentra probado que la actora suscribió contratos de prestación de servicios por los siguientes periodos: 1 de enero al 30 de junio de 2015 y 1 de julio a 31 de diciembre de 2015.

Así las cosas, se tiene que el último contrato de prestación de servicios tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015; y si bien no hay prueba de cuando fue presentada la reclamación ante la entidad accionada, lo cierto es que, teniendo en cuenta que la respuesta al derecho de petición se dio en el mes de junio de 2017, el pronunciamiento de la entidad sobre la reclamación administrativa se dio dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato, más aun, la demanda se presentó dentro de ese término de tres años (15 de noviembre de 2017), razón por la cual no existe prescripción extintiva del derecho.

### 3.11. Costas.

Al respecto<sup>11</sup> se indicó por el Consejo de Estado que:

*"...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso*

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección "A", C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

*Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.*

*Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007..."*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenará parcialmente a la parte demandada por el valor de las agencias en derecho, dado que se accede a las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandante desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### 4. FALLA

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones denominadas "INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD", "CARENCIA DE PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y SUSTANCIALES DE LA DEMANDA- CARENCIA DE OBJETO Y DE DERECHO", "INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO" Y "COBRO DE LO NO DEBIDO", formuladas por la E.S.E HOSPITAL SANTA TERESITA DE PÁCORÁ, según lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del Oficio No. GER 060-2017 de junio de 2017 proferido por la E.S.E HOSPITAL SANTA TERESITA DE PÁCORÁ -CALDAS, por las consideraciones expuestas.

**TERCERO: DECLARAR** que entre la señora NARDA KATERINE RÁTIVA HERNÁNDEZ y la E.S.E HOSPITAL SANTA TERESITA DE PÁCORÁ -CALDAS, existió una relación laboral en el cargo de Médico General en Servicio Social Obligatorio entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho,

**CUARTO: CONDENAR** a y la E.S.E HOSPITAL SANTA TERESITA DE PÁCORÁ -CALDAS a reconocer, liquidar y pagar a la señora NARDA KATERINE RÁTIVA HERNÁNDEZ todas las prestaciones y factores salariales de conformidad con las tablas salariales y prestacionales con las que contaba la entidad para remunerar a un médico general, y en caso de no contar con ellas, las devengadas por un profesional universitario, por el periodo de tiempo que duraron los mismos (1 de enero al 31 de

diciembre de 2015).

Así también deberán reconocerse los recargos nocturnos y los dominicales y festivos, los cuales pueden ser verificados por la entidad en los cuadros de turnos y en los informes de horas laboradas que mes a mes entregaba la accionante para justificar el pago como contraprestación del servicio, recargos que deberán ser tenidos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

Los valores a pagar deberán ser reajustados conforme a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta providencia.

Además, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante, que corresponde a 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 Rátiva Hernández como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por su parte, la demandante deberá cancelar o completar el porcentaje que le correspondía como trabajadora, en la eventualidad de que no se hubiera hecho o existiere diferencia en su contra.

**QUINTO: DECLARAR** que los ajustes realizados en los aportes para pensión en el período comprendido entre el 1º de enero el 31 de diciembre de 2015, se le deberán computar para efectos pensionales a la señora Narda Katherine Rátiva Hernández.

**SEXTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO:** Se condena parciamente en costas a cargo de la E.S.E HOSPITAL SANTA TERESITA DE PÁCORÁ y en favor de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso.

**OCTAVO:** Las sumas que se deben pagar a favor del demandante se deben actualizar atendiendo a la fórmula del Consejo de Estado citada en la parte considerativa de esta providencia.

**NOVENO:** La E.S.E HOSPITAL SANTA TERESITA DE PÁCORÁ dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.

**DÉCIMO:** En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo Siglo XXI. La Secretaría liquidará los gastos del proceso, si quedaren remanentes efectúese su devolución.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**Maria Isabel Grisales Gomez**

**Juez Circuito**

**Juzgado Administrativo**

**004**

**Manizales - Caldas**

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:

**caa2edabe6a018a181be204608bf7e84b3892ab12662b3acc5e78d1d29ee62ec**

Documento generado en 30/09/2021 11:34:23 AM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE  
MANIZALES**

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 170013333004-2020-00106-00  
Medio de Control: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: DORIS TRINIDAD SERNA SALAZAR  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN  
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
Sentencia No.: 204

**1. ASUNTO**

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO interpuesto por la señora DORIS TRINIDAD SERNA SALAZAR.

**2. ANTECEDENTES**

**2.1. Pretensiones:**

1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el 1 de noviembre de 2019, frente a la petición presentada el 1 de agosto de 2019, mediante la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de junio establecida en el artículo 15, numeral 2, literal B de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981.

2. Declarar que la parte demandante tiene derecho a que La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca liquide y pague, la prima de junio establecida en el literal b del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

A título de restablecimiento:

1. Condenar La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que le reconozca y pague al

accionante la prima de junio establecida en el literal b del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, a partir **del 5 de julio de 2016**, equivalente a una mesada pensional.

2. Ordenar a La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordenan la Constitución y la ley.

3. Ordenar a La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

4. Ordenar a La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dar 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 CPACA.

5. Ordenar a La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias de las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

6. Ordenar a Ordenar a La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

7. Condenar en costas a La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

## **2.2. Supuestos fácticos:**

- La demandante por ser vinculada con posterioridad al 1 de enero de 1981 no tiene derecho a que le reconozcan la pensión gracia; sin embargo le fue reconocida pensión de jubilación, mediante Resolución No. 0576 del 23 de agosto de 2016.
- Que al demandante no se le ha cancelado la mesada adicional de medio año a la cual tiene derecho de acuerdo con la Ley 91 de 1989, regulación que fue confirmada en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del

Honorable Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, identificada como SUJ-014- CE- S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

3

### **2.3. Normas violadas y concepto de violación:**

Las normas que la parte demandante considera han sido violadas son las siguientes:

- Artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- Sentencia de Unificación SUJ-014- CE- S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

Como concepto de violación, se presentaron los siguientes argumentos:

- El objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión gracia.
- El derecho solicitado, fue establecido mucho antes de reconocer mesada en la Ley 100 de 1993.
- Cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, la cual para esta época ya contaba con 4 años de vigencia una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que, se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

### **2.4. Contestación de la demanda:**

#### **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:**

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones deprecadas por la demandante toda vez que carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen; solicita denegar en su totalidad las condenas en contra de la entidad y como consecuencia de lo anterior se condene en costas a la parte actora.

Indica que los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Agrega que la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, dentro del Radicado No. 1.857, en la que fungió como ponente el Doctor ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, concluye que quienes se encuentran en las situaciones que a continuación se relacionan, tienen derecho al reconocimiento y pago de la tantas veces referida MESADA 14:

a. Quienes devengaban la mesada adicional (junio) al 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, la continuarán percibiendo.

b. Quienes adquirieron el estatus pensional entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011, siempre y cuando su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes.

Con fundamento en la normatividad y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

De esta manera, se encuentra acreditado que a la Docente DORIS TRINIDAD SERNA SALAZAR causó su derecho pensional el 07/05/2015, es decir con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14.

Propuso las excepciones que denominó “Inexistencia de la Obligación o Cobro de lo no debido” e “Genérica”.

## **2.5 Traslado de excepciones:**

La parte demandante se pronunció sobre las excepciones propuestas solicitando la no prosperidad de las mismas.

## **2.6. Alegatos de conclusión:**

**Parte Demandante:** Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

**Parte demandada:** Reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda y solicitó negar las pretensiones de la demanda.

**Concepto del Ministerio Público:** Guardó silencio.

### 3. CONSIDERACIONES

#### 3.1. El fondo del asunto:

Se trata de determinar la legalidad del acto demandado que negó al demandante el reconocimiento de la mesada de mitad de año regulada por el literal b del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

#### 3.2. Problema Jurídico:

*¿Tiene derecho la parte demandante a que se les reconozca y pague una mesada adicional en el mes de junio con base en el literal b del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989?*

#### ***Problema jurídico asociado:***

*¿La mesada adicional de junio, creada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, desapareció del mundo jurídico con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 o, por el contrario, permaneció incólume en virtud de lo consagrado en el párrafo primero transitorio de dicho acto?*

#### 3.3. Argumento Central:

##### 3.3.1. Premisas normativas:

Antes de dirimir el fondo de la pretensión, será necesario establecer el marco normativo regulador de la mesada catorce o pensión de mitad de año.

- La **Ley 91 de 1989** creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y atiende las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados; tiene entre sus objetivos el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y, en esta medida, les reconoce a sus afiliados el pago de la pensión, bien sea de jubilación o de invalidez; posteriormente los docentes que pertenecían al orden departamental que en virtud del proceso de nacionalización ocurrido como consecuencia de la expedición de la Ley 43 de 1.975, que finalizó en 1.980; se rigen, en cuanto a las prestaciones que se causen hasta la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1.989, que lo fue el 29 de diciembre de 1.989, según fuere el caso, por la Ley 6ª de 1.945 y la Ley 33 de 1.985, normas que deben armonizarse para su aplicación con las disposiciones de la Ley 91 de 1.989.

En el tema de pensiones, la citada Ley 91 de 1989 unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y equiparó su régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito en el artículo 15 ibídem, lo siguiente:

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

...

*2. Pensiones:*

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

A su turno, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, estableció que los pensionados por concepto de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, tendrían derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le correspondiera, cancelada con la mesada del mes de junio de cada año.

Dicho beneficio, inicialmente exceptuado de su aplicación frente algunos sectores de pensionados, entre ellos los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (artículo 279 ídem), fue extendido a los jubilados que se encontraban cobijados por los regímenes especiales a través de la Ley 238 de 1995, la cual, en el párrafo 4º de su artículo 1º, dispuso:

*"Artículo 1. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 con el siguiente párrafo: Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."*

Esta regulación fue ratificada por el Acto Legislativo 001 de 2005, "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política", contemplando en lo pertinente:

**"ARTÍCULO 10.** *Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*

*"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".*

“...

*"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".*

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

“...



**"Parágrafo transitorio 1o.** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".*

**"Parágrafo transitorio 4o.** *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

*"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".*

“..."

**"Parágrafo transitorio 6o.** *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

Conforme las normas antes citadas, es del caso determinar si la mesada adicional contemplada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 desapareció con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 para los docentes que adquirieron su derecho pensional después del 25 de julio de 2005.

### **3.3.2. Premisa jurisprudencial:**

Sobre los efectos que el Acto Legislativo 01 de 2005 ha generado sobre el régimen pensional de docentes oficiales, el H. Consejo de Estado<sup>1</sup> en decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil, respondió algunos interrogantes formulados por el Gobierno Nacional. Al respecto:

*“1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?”*

*“2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?”*

<sup>1</sup> Consejo de estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857).

Y respondió en el siguiente sentido:

*“Los temas planteados en la consulta derivan de los efectos de las disposiciones adicionadas al artículo 48 constitucional, en materia de pensiones, por el Acto Legislativo No. 01 del 2005, particularmente en cuanto a la mesada adicional del mes de junio, de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993, las sentencias C-409-94 y C-461-95, y la ley 238 de 1995, teniendo en cuenta el reconocimiento legal y jurisprudencial de la especialidad del régimen pensional de los docentes oficiales.*

“...

*1. El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo estatal:*

“...

*1.2. El régimen de los docentes a partir de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 01 del 2005:*

*El párrafo transitorio primero del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, se ocupa expresamente de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:*

*“Párrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”*

*De la norma transcrita se desprende que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio a partir de su vigencia tienen el régimen de prima media de la ley 100 de 1993, pero con la edad de 57 años para hombres y mujeres; y quienes se vincularon antes se rigen por la ley 91 de 1989 en materia pensional.*

*Estos dos regímenes se conservan para quienes adquieran el derecho a la pensión hasta el 31 de julio del 2010, en virtud de los efectos del Acto Legislativo No. 01 del 2005, como pasa a explicarse:*

*1.3. Los efectos del Acto Legislativo No. 05 del 2005:*

*a) La pérdida de vigencia de los regímenes pensionales especiales y exceptuados:*

*Las iniciativas de reforma constitucional presentadas por el Gobierno Nacional en julio y agosto del 2004<sup>2</sup> para adicionar el artículo 48 de la Carta con miras a garantizar la sostenibilidad del sistema pensional, incluyeron las siguientes propuestas:*

*“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos al artículo 48 de la Constitución Política:*

“...

<sup>2</sup> Proyectos de acto legislativo Nos. 34 de 2004 Cámara y 127 de 2004 Cámara, presentados ambos por el Gobierno Nacional, el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004, respectivamente.



*“...Salvo lo dispuesto en el último inciso del presente acto, no habrá regímenes pensionales especiales ni exceptuados, con excepción del aplicable a la fuerza pública...”*

*“... ”*

*“... La vigencia de los regímenes pensionales de transición, los especiales, los exceptuados así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las reglas generales de la Ley 100 de 1993 y sus reformas expirará el 31 de diciembre del año 2007...”*

*El Congreso de la República aprobó la iniciativa, prohibiendo los regímenes especiales y exceptuados, con excepción de la fuerza pública y el Presidente de la República, a partir de la vigencia de la reforma constitucional, pero consagrando expresamente tanto el respeto por los derechos adquiridos como varias disposiciones de transición, entre ellas, la extensión hasta el 31 de julio del año 2010, de los regímenes especiales, exceptuados o distintos del régimen general; y también adoptando una norma especial de transición para los docentes.*

*“... ”*

*El acto legislativo en comento entró a regir el 25 de julio del 2005<sup>3</sup>, fecha que determina la supresión de los regímenes especiales y exceptuados, y los demás que sean distintos al sistema general, conforme lo regulan el inciso octavo y el párrafo segundo transitorio, que se han transcrito; de lo establecido para las pensiones de los docentes se ocupa enseguida la Sala.*

*b) Pérdida de vigencia del régimen especial de los docentes:*

*El párrafo transitorio primero del artículo primero del Acto Legislativo No. 01 del 2005 elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos regímenes pensionales del artículo 81 de la ley 812 del 2003, y del mismo modo, esto es, también como norma constitucional, estableció la fecha a partir de la cual perderán su vigencia, puesto que en el párrafo transitorio segundo del artículo primero del Acto Legislativo ordena que el 31 de julio del 2010 expirarán todos los regímenes que sean distintos al sistema general de pensiones; se copia de nuevo esta última disposición para ampliar su análisis:*

*“Párrafo transitorio 2º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.”*

*Interesa detenerse en la expresión “sin perjuicio de los derechos adquiridos”, para precisar que si bien en materia pensional la tradición de nuestro ordenamiento jurídico ha sido la de configurar el derecho adquirido cuando la persona reúne los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos en el régimen que le sea aplicable para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez<sup>4</sup>, que en el lenguaje de la reforma se denomina como “causación del derecho”,*

<sup>3</sup> Acto Legislativo No.01 de 2005 (22 de julio), Art. 2º: “El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.” Esta publicación se surtió el 25 de julio del 2005 en el Diario Oficial No. 45.980.

<sup>4</sup> Sin perjuicio de considerar los requisitos para el acceso a pensiones de invalidez y sobrevivencia, por supuesto, tal como lo prevé el Acto Legislativo No. 01 del 2005, que en el texto completo del inciso tercero del artículo 1º dice: “Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones”.

el Acto Legislativo No. 01 del 2005 es explícito en el punto, estatuyendo en el inciso tercero del artículo 1°:

*“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley...”*

La aplicación de este conjunto de disposiciones de rango constitucional a los docentes oficiales deja sustentado que:

a) *En ningún caso se podrá causar una pensión bajo el régimen especial de los docentes, a partir del 31 de julio del 2010;*

b) *los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 se pensionarán con la edad de 57 años, para hombres y mujeres, con los demás requisitos y condiciones del régimen de prima media regulado por las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003;*

c) *los docentes cuya vinculación al servicio educativo estatal haya sido anterior al mismo 27 de junio del 2003, se pensionarán con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 91 de 1989 y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.*

## **2. La mesada adicional del mes de junio:**

“... ”

### **2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:**

*Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004<sup>5</sup>, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.*

*Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:*

*“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”*

*Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:*

*“Artículo 1°...*

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

*En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que*

<sup>5</sup> Proyecto de Acto Legislativo No. 34 de 2004 Cámara. Presentado por los ministros de Hacienda y Crédito Público y de Protección Social; y texto presentado por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, número 127 de 2004 Cámara, “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”.

reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6° del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

*"Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

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

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

Y respondió la Sala endicho concepto:

*"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"*

*Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo en mención.*

*"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"*

*Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:*

*a) el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).*

*b) el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);*

<sup>6</sup> Diario Oficial No. 45.980

c) *el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005). ...*

La anterior respuesta fue aclarada por el Alto Tribunal mediante pronunciamiento de 10 de septiembre de 2009, en cuanto a la pregunta sobre si la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expiraba el 31 de julio del 2010, concluyendo que sí respecto de las pensiones que se causaran después de esa fecha, las cuales se regirían por el Sistema General de Pensiones. Al respecto se indicó<sup>7</sup>:

“

*Los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar, de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, y de Educación Nacional, doctora Cecilia María Vélez White, formulan a la Sala una consulta “complementaria y aclaratoria de la contenida en la Radicación No. 1.857, respondida el 22 de noviembre de 2007”, expresada en las siguientes preguntas:*

*“1. ¿Cuál es el alcance de la disposición que hace la referencia o remisión contenida en el parágrafo transitorio 2° del artículo 1° del Acto Legislativo No 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto expresa: ‘Sin perjuicio de [...] y lo establecido en los párrafos del presente artículo [...]’, en relación con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 1° del artículo 1° del mismo Acto Legislativo 01 de 2005?*

*“2. ¿Los docentes ya vinculados al servicio público educativo en las condiciones contempladas en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como quienes lo hicieron a partir de la vigencia de la misma pero antes del 31 de julio de 2010, tienen un régimen de transición pensional de origen constitucional? De ser así, ¿conservan ese régimen luego de la expiración de los regímenes especiales y exceptuados a partir de julio de 2010?*

*“3. ¿Cuál es el régimen pensional de los maestros vinculados al servicio público educativo antes del 27 de junio de 2003, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cuál el de los vinculados entre esta fecha y el 31 de julio de 2010, y cuál el de aquellos que lo hagan con posterioridad al 31 de julio de 2010?”...”*

...”

Y respondió la Sala:

*“La referencia o remisión que el parágrafo transitorio 2° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 hace a “lo establecido en los párrafos” del mismo artículo 1° del Acto Legislativo en cita, respecto del parágrafo transitorio 1° significa que los docentes al servicio del Estado, se pensionan con el régimen que les corresponda según se hayan vinculado al servicio público educativo antes o a partir de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, esto es, el 27 de junio de 2003.*

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009), radicación número: 11001-03-06-000-2007-00084-00 (1857)

“ ...

*La remisión que el párrafo transitorio 1° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 hace al artículo 81 de la ley 812 de 2003, tiene como efecto que, en virtud del mandato constitucional, el régimen pensional de los docentes se determina, para cada uno de ellos, de acuerdo con su fecha de ingreso al servicio oficial y no se extingue el 31 de julio de 2010.*

“ ...

*“3. ¿Cuál es el régimen pensional de los maestros vinculados al servicio público educativo antes del 27 de junio de 2003, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cuál el de los vinculados entre esta fecha y el 31 de julio de 2010, y cuál el de aquellos que lo hagan con posterioridad al 31 de julio de 2010?”*

*En la actualidad hay dos situaciones:*

- *La de los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es la establecida en las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha, sin que termine el 31 de Julio de 2010.*
- *La de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres, sin que termine el 31 de Julio de 2010...”*

Queda claro, conforme a los conceptos emitidos por el Consejo de Estado que el régimen pensional de los docentes vinculados al Servicio Estatal antes del 27 de junio de 2003, sería el contemplado en las normas vigentes a dicha fecha, pero ello no permite afirmar que la mesada adicional subsistió para los educadores que se encuentran inmersos en el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989, habida cuenta que el inciso 8 del Acto Legislativo eliminó la citada mesada para todas las personas, sin salvedad para ningún régimen pensional especial.

El Acto Legislativo 01 de 2005, al regular el tema de las mesadas adicionales, determinó que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia de éste, no podían recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, es decir, se refirió a todas las personas, sin hacer salvedad alguna, de manera que esta norma de rango constitucional eliminó del mundo jurídico toda mesada adicional, sea que estuviese regulada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (régimen general) o en cualquier régimen especial empero, solo dejando a salvo a aquellas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

Se observa de igual manera que la eliminación de la mesada adicional tiene su fundamento en el Principio Constitucional de la Sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social, siendo viable el limitar la existencia de multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas.

No cabe duda entonces que el inciso octavo del multicitado Acto Legislativo 01, se concibió para todos los regímenes pensionales existentes, de manera que no hay razón alguna que permita afirmar que los docentes que se encuentran inmersos en el régimen pensional consagrado en la Ley 91 de 1989, escapan a la prohibición constitucional.

Finalmente se debe decir que el Tribunal Administrativo de Caldas en sentencia del 29 de noviembre de 2012, dentro del radicado No. 17001 33 31 002 2011 00293 01, M.P. Dr. Jairo Ángel Gómez Peña, concluyó en el mismo sentido al que se ha venido disertando que:

*“De lo anterior, se puede inferir que la norma en estudio suprimió el beneficio para quienes causaron la pensión después de su entrada en vigencia” (Acto legislativo)– 25 de julio de 2005 – protegió las expectativas de quienes aspiraban a devengarla posteriormente y hasta el 31 de julio de 2011 si la mesada ordinaria no superaba los tres (3) salarios mínimos.*

*Por manera que el legislador extraordinario acató la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de crear un tránsito normativo, y de igual modo, en cuanto a que el límite de la cuantía justifica la discriminación, se tiene entonces, que no se es beneficiario de la mesada 14 quien (i) Hubiese adquirido el estatus de pensionado con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 y (ii) Si el monto de la pensión es superior a tres S.M.M.L.V.”*

En otro pronunciamiento más reciente, el Tribunal Administrativo de Caldas reiteró la tesis anterior, para lo cual se puede consultar pronunciamiento del 26 de febrero de 2021, M.P. Dr. Augusto Ramón Chávez Marín, radicación No. 17001-33-33-004-2019-00142.

A lo anterior debe agregarse que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el H. Consejo de Estado a la cual hizo referencia el apoderado de la parte demandante, hace referencia a las reglas establecidas para el reajuste pensional docente con la inclusión de factores salariales, encontrando que el derecho a la mesada adicional tan solo fue citado dentro de las normas que se analizaron para la decisión cuando se hizo referencia al régimen prestacional docente, pero sin que se hubiere establecido disertación alguna al respecto, ni se hubieran revaluado los argumentos de las sentencias proferidas por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Alta Corporación y que sirven de sustento a la presente decisión.

### **3.4.3. Caso concreto:**

Ahora bien, aplicando al sub examine los elementos jurídicos y jurisprudenciales anteriormente consignados, confrontados con el material probatorio, se tiene:

<sup>8</sup> La fecha de publicación en el Diario Oficial 45.980

- 1- Si el estatus de pensionado se adquirió antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), el docente tiene derecho a la mesada adicional de mitad de año (mesada 14 o prima de junio).
- 2- Si se adquirió después del 26 de julio de 2005 y antes del 31 de julio de 2011, se debe establecer el monto de la mesada reconocida, así:

Si el monto de la mesada es igual o superior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, no tiene derecho a la prima adicional de mitad de año, si es inferior, procede el reconocimiento de la mesada 14.

Si el status de pensionado lo adquirió después del 31 de julio de 2011 no tiene derecho a la mesada 14, indistintamente del monto de la pensión

Establecidos los presupuestos aplicables para el examen del caso concreto, se procede en tal sentido:

Adquisición estatus	Monto mesada	Salario Mínimo para el año estatus 2016 x 3	Procedencia Reconocimiento
7/05/2016  (Resolución No. 0576 del 23 de agosto de 2016)	\$2.332.883	\$689.455 <sup>9</sup> x 3 =  \$2.068.365	No

### 3.5. Conclusión:

En ese orden, se tiene que a la parte demandante no le asiste derecho a la mesada adicional, razón por la cual se negaran las pretensiones de la demanda y se declararan probadas las excepciones de fondo propuestas en los términos como fueron sustentadas.

### 3.6. Condena en costas:

Al respecto<sup>10</sup> se indicó por el Consejo de Estado que:

*“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de*

<sup>9</sup> Decreto 2552 del 30 de Diciembre de 2015.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

*testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.*

*Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8° de la ley 1123 de 2007...”*

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### 4. FALLA

**PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones denominadas “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”, en los términos como fueron sustentadas, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaura la señora **DORIS TRINIDAD SERNA SALAZAR** en contra de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**TERCERO:** Condenar en costas a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada, cuya liquidación y ejecución se hará conforme las normas del C.G. del P.

**CUARTO:** En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”.

**NOTIFÍQUESE**



**Firmado Por:**

**Maria Isabel Grisales Gomez**

**Juez Circuito**

**Juzgado Administrativo**

**004**

**Manizales - Caldas**

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:

**7854565b81e720b7ebf34e3b3545fd67882f5756be4e04e2e0ac8ee98f236  
ba2**

Documento generado en 30/09/2021 11:34:29 AM

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