



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: . 11001-33-42-052-2016-00711-00
Demandante: **CARLOS MEDARDO CUESTA PIZARRO**
Demandado: **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL**
Asunto: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho –
Reconocimiento asignación de retiro**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Carlos Medardo Cuesta en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Carlos Medardo Cuesta Pizarro, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de la Resolución No. 4664 del 30 de junio de 2016 proferido por la entidad accionada a través del cual negó el reconocimiento y pago de asignación de retiro al accionante.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL a:

1. Reconocer y pagar la asignación de retiro, por los 20 años, 1 mes y 15 días de servicios prestados al Ejército Nacional en calidad de Sargento Viceprimero ® a partir del 19 de octubre de 2015 teniendo en cuenta como partidas computables: sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad, prima de navidad y subsidio familiar.
2. Condenar a la entidad demandada a pagar las sumas adeudadas debidamente reajustadas e indexadas junto con la cancelación de las costas y agencias en derecho conforme los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de sus pretensiones expuso el accionante que (fls.138 a 141):

1. Según la constancia de tiempo de servicios y la hoja de vida se encuentra acreditado que el actor prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, 1 mes y 15 días desde el 1° de agosto de 1995 hasta el 19 de octubre de 2015.
2. El Comandante del Ejército Nacional mediante la Resolución No. 0331 del 28 de febrero de 2013 otorgó al accionante la medalla por 15 años de servicios.
3. El sujeto activo fue afectado con medida de aseguramiento a partir del 4 de abril de 2011 por el presunto delito de homicidio en persona protegida, hasta el 19 de octubre de 2015.
4. A través de la Resolución No. 2439 del 19 de octubre de 2015, el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional con fundamento en el artículo 113 del Decreto 1790 de 2000, separó en forma absoluta de las Fuerzas Militares al actor.
5. Durante el lapso comprendido entre el 4 de abril de 2011 y el 19 de octubre de 2015 prestó sus servicios conforme a las disposiciones del artículo 98 del Decreto Ley 1790 de 2000, en el centro carcelario para miembros del Ejército Nacional en el cual estuvo detenido preventivamente y por lo tanto se le cancelaron los sueldos, primas y subsidios correspondientes.
6. Durante el servicio (1° de agosto de 1995 hasta el 19 de octubre de 2015), el Ejército Nacional realizó los descuentos respectivos con destino a CREMIL.
7. El 2 de marzo de 2016, el accionante en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la entidad accionada en el cual solicitó el reconocimiento y pago de asignación de retiro.
8. La entidad accionada mediante la Resolución No. 4664 del 30 de junio de 2016, negó la anterior petición al informar que el actor prestó sus servicios por 15 años, 4 meses y 16 días.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita el preámbulo y los artículos 2, 6, 13, 29, 53, 90 y 209 de la Constitución Política, Decreto 1211 de 1990, Decreto 1790 de 2000, Ley 393 de 2004, Ley 599 de 2000, Ley 600 de 2000 y Ley 1437 de 2011.

El apoderado de la parte actora manifestó que la entidad accionada está violando los derechos fundamentales del accionante al no reconocer la asignación de retiro por omitir la contabilización de los 4 años, 8 meses y 29 días en que el actor prestó sus servicios.

Señaló que la razón que tuvo la entidad accionada para no tener en cuenta el lapso referido es que el accionante por encontrarse detenido preventivamente fue suspendido de sus funciones, hecho que no corresponde a la realidad por cuanto nunca se profirió un acto administrativo que se pronunciara sobre el particular, aunado el hecho que durante ese periodo le fueron cancelados los sueldos y prestaciones sociales.

Señaló la mandataria del sujeto activo que según lo dispuesto en los artículos 99, 100, 111 y 112 del Decreto 1790 de 2000 la suspensión temporal no significa el retiro del servicio activo, si no la simple suspensión en el mando de tropa o manejo de bienes o dinero del Estado por lo cual se mantiene incólume el derecho a recibir salarios y prestaciones sociales.

Por lo expuesto, concluyó la anotada apoderada que la entidad accionada no puede imponer como medida accesorias a la principal (condena por delito de homicidio en persona protegida), la no contabilización de periodos para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, ya que esta sólo se dará cuando se expida el acto administrativo que retire absolutamente del servicio o cuando se encuentre debidamente ejecutoriada la sentencia de la justicia ordinaria penal.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 167 a 171).

El apoderado de la entidad accionada se opuso a las pretensiones, bajo el fundamento que el Ejército Nacional retiró al actor por la causal de separación absoluta efectiva a partir del 19 de octubre de 2015, esto es en vigencia del Decreto 991 de 2015 que establece un tiempo mínimo de 20 años para acceder al

reconocimiento de asignación de retiro, situación que no se cumplió por cuanto con base en la hoja de servicios dicho sujeto procesal prestó sus servicios por 15 años 4 meses y 16 días.

Por lo anterior presentó las excepciones que denominó: "*NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES*" y "*NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD*".

Finalmente, solicitó que en caso que se accedan a las pretensiones de la demanda no sean condenados en costas y agencias en derecho.

4.DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Frente a las excepciones de "*NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES*" y "*NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD*", encuentra el Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante la providencia del 16 de febrero de 2018 (fl.346), el Juzgado corrió traslado a las partes procesales para que presentaran sus alegatos de conclusión.

La entidad accionada presentó sus alegatos de conclusión a través de memorial visible a folios 348 a 350 del expediente, en el cual solicitó negar las pretensiones de la demanda bajo los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La parte actora, presentó sus alegatos mediante el memorial obrante a folios 360 a 362 en el cual reiteró los argumentos de la demanda, esto es que el accionante prestó sus servicios por más de 20 años al Ejército Nacional y que durante el periodo en el cual se encontraba detenido preventivamente no existió un acto administrativo que lo suspendiera, por lo cual el tiempo en que prestó los servicios mientras estuvo recluido debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento y pago de asignación de retiro.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 28 de julio de 2017 (Fls.203 a 210), en la etapa de fijación del litigio, se determinó que la presente controversia se centra en resolver el siguiente interrogante:

¿Le asiste derecho a la parte actora a que le sea reconocida y pagada asignación de retiro de conformidad con el tiempo de servicios prestados al Ejército Nacional?

2. ACERVO PROBATORIO

2.1. Certificado expedido por el T.C. Juan Carlos Mojica Vega Oficial de Sección de Atención al Usuario DIPER del Ejército Nacional el 15 de enero de 2016 en el cual se indica que el actor prestó sus servicios por 20 años, 1 mes y 15 días (Fl.4).

2.2. Extracto de hoja de vida del actor proferida el 15 de enero de 2016 (Fls.3 a 9).

2.3. Constancia expedida por el Establecimiento Carcelario Para Miembros del Ejército Nacional EJART el 31 de octubre de 2016 en el cual indicó que el actor mientras estuvo recluido realizó labor ocupacional como recuperador ambiental desde agosto de 2012 hasta el 31 de octubre de 2016 (Fl.10).

2.4. Certificado expedido por el Jefe de Personal del Batallón de Artillería No. 13 "General Fernando Landazábal Reyes" del 23 de agosto de 2016 en el cual se advierte que el actor fungió como Jefe de Sección de ese Batallón desde el 12 de octubre de 2010 hasta el 31 de julio de 2012. (fl.11)

2.5. Escrito presentado por el actor en ejercicio del derecho de petición el 2 de marzo de 2016 ante la entidad accionada en la cual solicitó el reconocimiento y pago de asignación de retiro (fl.12 a 15).

2.6. Resolución No. 4664 del 30 junio de 2016 mediante la cual CREMIL negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro solicitada (Fls. 16 a 17).

2.7. Resolución No. 2439 del 18 de octubre de 2015 mediante el cual se separó de forma absoluta al accionante de las Fuerzas Militares (Fl.18).

2.8. Decreto No. 3113 del 24 de septiembre de 2004 mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional condecoró al actor por servicios distinguido en orden público. (Fl.19).

2.9. Resolución No. 0331 del 28 de febrero de 2013 y certificados visibles a folios 20 a 22 del plenario en el cual se le otorgó al accionante medalla de tiempo de servicio por 15 años.

2.10. Certificados de los salarios percibidos por el actor desde enero de 2010 hasta septiembre de 2015 (Fls. 23 a 89).

2.11. Antecedentes administrativos de la parte actora (Fls.181 a 190).

2.12. Sentencia de primera instancia del proceso penal adelantado en contra del accionante proferida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín el 14 de junio de 2013, en la cual se declaró penalmente responsable al actor como coautor del delito de homicidio en persona protegida y en consecuencia se condenó a la pena privativa de la libertad de 32 años de prisión.

2.13. Sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Penal de Medellín el 13 de diciembre de 2013 en la cual confirmó la anterior providencia (Fls. 249 a 314).

2.14. Auto del 27 de agosto de 2014 mediante el cual la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal inadmitió la demanda de casación que fuera interpuesta por el actor en contra de las sentencias de primera y segunda instancia que lo declaró coautor de homicidio en persona protegida (Fls. 315 a 341).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares puedan percibir asignación de retiro, los tiempos de servicios requeridos, su contabilización y las situaciones administrativas en que ese personal puede incurrir en servicio activo.

Régimen de Asignación de Retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Los artículos 217 y 218 de la Carta Política indican que la ley determinará los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

A su vez la Ley 4ª de 1992 determinó que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Respecto de la especialidad del régimen bajo estudio, la Corte Constitucional, sostuvo:

“Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no solo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del texto superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto.

“(…)”

“Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquél conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad”¹.

Por otra parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social al personal de la Fuerza Pública:

“Artículo 279.- Excepciones. El sistema integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas”.

En ese orden de ideas, el Ejecutivo profirió el Decreto 1211 de 1990 en el cual estableció el régimen salarial y prestacional de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Así, en tratándose de los tiempos que se deben acreditar para ser beneficiario de asignación de retiro el artículo 163 señala:

*“Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo **después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5)* días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio**, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.” (Negrillas fuera de texto)*

Posteriormente, el régimen de asignación de retiro de las Fuerzas Militares fue modificado por el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 que disponía:

*“Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. **Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro***

¹ Sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro.”
(Negrillas fuera de texto)

El referido artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo por el Consejo de Estado – Sección Segunda, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez en sentencia del 23 de octubre de 2014 al considerar que el Ejecutivo no podía establecer un tiempo mayor de servicios al personal de las Fuerzas Militares que en vigencia de la Ley 923 de 2004 se encontraban en servicio activo para la adquisición de asignación de retiro, por lo cual, el tiempo para el reconocimiento y pago de esa prestación pensional debía ser el establecido en las normas vigentes, es decir el Decreto 1211 de 1990.

En virtud de la declaratoria de nulidad anotada, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 991 de 2015, en el cual en su artículo 1° señaló:

“Artículo 1. Asignación de Retiro para el Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Fijese el régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, según corresponda, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (...).” (Negrillas fuera del texto original)

En ese orden de ideas, los Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004 tendrán derecho al reconocimiento y pago de asignación de retiro cuando hayan prestado sus servicios por más de 15 años cuando el retiro es por facultad discrecional, llamado a calificar servicios, disminución de la capacidad psicofísica o por sobrepasar la edad señalada para el cargo que ostentaba y de 20 años cuando el retiro sea por solicitud propia o separación absoluta.

Por otra parte, respecto al cómputo de tiempo de servicios que se debe tener en cuenta para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro el Decreto 4433 de 2004 en el artículo 7° señala:

“ARTÍCULO 7o. CÓMPUTO DE TIEMPO DE SERVICIO. Para efectos de la asignación de retiro o pensión de sobrevivientes, el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional, liquidarán el tiempo de servicio, así:

7.1 Oficiales, Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, el tiempo de permanencia en la respectiva escuela de formación, sin que pueda sobrepasar de dos (2) años.

7.2 Soldados profesionales, el tiempo de permanencia como alumno de la escuela de formación, con un máximo de seis (6) meses.

7.3 El tiempo de servicio militar obligatorio en cualquiera de las modalidades establecidas por ley.

7.4 El tiempo como soldado voluntario.

7.5 Tres meses de alta que se entienden como de servicio activo.

7.6 El tiempo prestado como uniformado en las extinguidas Policías Departamentales o Municipales, siempre y cuando el uniformado policial realice el aporte correspondiente a dicho período a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, de acuerdo con las normas del presente Decreto.

7.7 El tiempo de servicio como Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente, o Soldado Profesional, computando 365 días por año de servicio.

PARÁGRAFO. El tiempo de condena privativa de la libertad personal, decretada por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, o de separación temporal, no se computará como tiempo de servicio.”
(Negrillas fuera de texto)

Conforme el párrafo de la norma transcrita, el tiempo de condena privativa de la libertad personal decretada por la Jurisdicción Ordinaria Penal o La Justicia Penal Militar y la separación temporal no se computará como tiempo de servicio a efectos de cumplir con el plazo señalado para adquirir el derecho a percibir asignación de retiro.

Suspensión y separación como situaciones administrativas de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Las situaciones administrativas son aquellos eventos en que puede llegar a estar incurso un servidor público mientras se encuentra en servicio activo, esto es, en licencia, comisión, suspensión, entre otras.

En tratándose del asunto bajo estudio, le interesa al Despacho hacer referencia a la suspensión y separación como situaciones administrativas de los Oficiales y Suboficiales de los miembros de las Fuerzas Militares.

En ese orden de ideas, el Decreto 1790 de 2000 es la norma que regula cada una de las situaciones administrativas de los miembros de la Fuerza Pública, así respecto a la suspensión y la separación los artículos 95, 111, 112 y 114 establecen:

“ARTÍCULO 95. SUSPENSION. *Cuando por autoridad competente, penal o disciplinaria, según el caso, se solicite la suspensión de funciones y atribuciones de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares, ésta se dispondrá por resolución ministerial o de su delegado para oficiales y por disposición del respectivo comando de fuerza para suboficiales.*

PARAGRAFO 1o. *Durante el tiempo de la suspensión el Oficial o Suboficial percibirá las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente. Si fuere absuelto o favorecido con preclusión de la investigación, cesación de procedimiento, deberá reintegrársele el porcentaje del sueldo básico retenido.*

PARAGRAFO 2o. *Cuando la sentencia o fallo definitivo fuere condenatorio o sancionatorio, las sumas retenidas en desarrollo de lo dispuesto en el presente artículo pasarán a formar parte de los recursos propios de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.*

PARAGRAFO 3o. *Cuando el tiempo de la suspensión sea superior al de la condena impuesta por la autoridad competente, se reintegrará el excedente de los haberes retenidos.*

PARAGRAFO 4o. *Cuando se conceda el derecho de libertad provisional o condena de ejecución condicional no procederá la suspensión de funciones y atribuciones.*

ARTÍCULO 111. SEPARACION ABSOLUTA. *Cuando el oficial o suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario, será separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas.*

ARTÍCULO 112. SEPARACION TEMPORAL. *El Oficial o Suboficial que sea condenado a la pena principal de arresto o prisión por delitos culposos será separado en forma temporal de las Fuerzas Militares, para hacer efectiva la privación de la libertad si fuere ordenada, salvo que se conceda un subrogado penal y mientras no sea revocado.*

ARTÍCULO 114. PRESTACIONES EN CASO DE SEPARACION. *Los oficiales y suboficiales separados en forma temporal o absoluta bajo la vigencia del presente Decreto, tendrán derecho, tanto ellos como sus*

beneficiarios, a las prestaciones sociales que se determinan en el capítulo III, título V del Decreto 1211 de 1990.” (Negrillas fuera de texto).

Conforme lo anterior, la suspensión sucede cuando por decisión judicial (ya sea de la jurisdicción penal ordinaria o militar) o autoridad disciplinaria se ordena la suspensión en ejercicio de las funciones de forma transitoria; mientras la persona se encuentra separada tiene derecho a que le sea cancelado el 50 % de su salario básico y en caso que dentro del proceso penal sea absuelto y/o precluida la investigación se devolverá la parte dejada de cancelar. Finalmente en el evento en que se conceda el derecho de libertad provisional o condena de ejecución condicional la suspensión de funciones deberá ser levantada.

La separación puede ser temporal o absoluta; la temporal procederá cuando la jurisdicción (ordinaria o militar) declara culpable a una persona por un delito culposo con sanción de arresto o prisión excepto cuando se haya concedido un subrogado penal y absoluta cuando por una autoridad disciplinaria o por el juez penal ordinario o de la justicia especial militar se condena a una persona por un delito no culposo cuya sanción principal es la prisión.

En ambos eventos (separación temporal y/o absoluta) los miembros de las Fuerzas Militares tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que hubiere lugar conforme al tiempo de servicios prestados.

Respecto a las diferencias que se suscitan entre la suspensión y la separación de funciones el Consejo de Estado en sentencia del 7 de diciembre de 2011 (providencia que solicita la parte actora se tome como precedente y de la cual se pronunciara el Despacho en el caso concreto) expuso:

“(...) Ahora bien, el tiempo que permanezca separado “temporalmente” el oficial o Suboficial, en virtud de una condena con pena principal de arresto o prisión por delitos culposos, es el que no puede considerarse como servicio activo y en ese orden no tiene derecho a recibir sueldos, primas ni prestaciones sociales pagaderas por el Ministerio de Defensa (artículo 179 del Decreto 1790 de 2000)

Así las cosas, es diferente la situación del miembro de la Fuerza Militar que es suspendido a la de aquél que es separado, pues en la primera el militar sigue siendo miembro de la Fuerza como quiera que continúa percibiendo el 50% del salario básico y las primas que devengaba al momento de la sanción.

En la segunda se considera fuera del servicio, pues sólo tiene derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar en razón de los servicios

prestados hasta el momento de la separación absoluta (...) se presume que el Militar suspendido se encuentra en servicio activo como quiera que no sólo está devengando parte del salario, que dicho sea de paso es, en sentido lato, toda retribución que se recibe por el trabajo realizado, sino porque además de sus servicios en labores que no impliquen mando, ni manejo de bienes o dineros (...)"²

CASO CONCRETO

La controversia se centra en determinar si los tiempos de servicios prestados por el actor son suficientes para el reconocimiento y pago de asignación de retiro.

Para ello, es necesario establecer si los periodos en los cuales el accionante estuvo detenido preventivamente en prisión deben o no contabilizarse para el reconocimiento de la referida prestación pensional.

Así las cosas, se advierte que en la hoja de servicios No. 3-11806030 del 22 de abril de 2016, la cual se tuvo en cuenta para negar la asignación de retiro del accionante, en la relación detalla de tiempos se estableció lo siguiente (fl.190):

RELACIÓN DE SERVICIOS PRESTADOS (SITUACIONES ADMINISTRATIVAS):

CONCEPTOS	DISPOSICIÓN			LAPSOS				
	Clase	Nro	Fecha	Desde	Hasta	Años	Meses	Días
Suspensión Penal	OFI- LLEG	309	20160301	20041228	20050502	0	4	5
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Suspensión Penal	OFI - LLEG	6566	20160411	20110404	20151019	4	7	10
Separación Absoluta	RES- EJC	2439	20151019	20151019				

La entidad accionada con base en la información obrante en la anotada hoja de servicios a través de la Resolución No. 4664 del 30 de junio de 2016 (fl.187) decidió negar la asignación de retiro al actor por haber prestado servicios por 15 años, 4 meses y 16 días al descontar el tiempo de servicios que prestó mientras se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva hasta que se culminara con el trámite penal que cursaba en su contra por el delito de homicidio en persona protegida, esto atendiendo que según lo dispuesto por el Decreto 991

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 7 abril de 2011, expediente radicado interno No. 1854-08.

de 2015 para adquirir el derecho a percibir la referida prestación pensional cuando el retiro es por la causal de separación absoluta se deben acreditar un periodo de servicios superior a 20 años.

De la información allí obrante se coligen dos momentos de relevancia: (i) la suspensión penal decretada por el lapso entre el 28 de diciembre de 2004 y el 2 de mayo de 2005 y (ii) la suspensión penal desde el 4 de abril de 2011 hasta el 19 de octubre de 2015, en ocasión, en ambos casos, a la imposición de medida de aseguramiento como medida preventiva.

La parte actora dentro del concepto de violación de la demanda y los alegatos de conclusión resaltó que: (i) en ningún momento la entidad accionada suspendió al accionante en sus funciones, toda vez que para ello debe existir acto administrativo que así lo decreta; (ii) la suspensión no implica el retiro del servicio, tanto así que ese periodo se tiene en cuenta como de servicio activo y se percibe el salario y las prestaciones sociales correspondientes y; (iii) La entidad accionada no puede imponer como medida accesoria a la principal (condena por delito de homicidio en persona protegida) la no contabilización de periodos para el reconocimiento y pago de asignación de retiro.

Así las cosas, con el fin de resolver el problema jurídico conforme los argumentos expuestos por la parte actora, resulta necesario analizar cada uno de los dos momentos en los cuales se afirma en la hoja de servicios hubo suspensión penal.

Como se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, la suspensión es una situación administrativa en que puede verse en curso los miembros de la Fuerza Pública que consiste en que por orden de autoridad judicial y/o administrativa se suspende temporalmente de sus funciones al servidor, en ese periodo sólo se tienen derecho a percibir el 50% del salario y en caso que se decreta libertad provisional la suspensión debe ser levantada.

De esa manera, al continuar recibiendo la asignación como pago por la prestación del servicio (así sea en un centro de reclusión) el empleado continua en servicio activo y por tanto ese periodo se deberá tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95 del Decreto 1790 de 2000.

Las prestaciones sociales que no se encuentran afectadas por las situaciones administrativas de separación absoluta o temporal, son las establecidas en el Capítulo III, Título V del Decreto 1211 de 1990 de conformidad con lo consagrado en el artículo 114 del Decreto 1790 de 2000 a saber: haberes en caso de enfermedad, servicios médico asistenciales, licencias por maternidad y aborto, descanso remunerado por lactancia, retiro en estado de embarazo, anticipo de cesantías, vacaciones y pago de indemnización por disminución de la capacidad psicofísica.

Respecto a la suspensión, además de las anteriores, se tendrán en cuenta las prestaciones sociales de cesantías, indemnizaciones y prestaciones por muerte.

En ese orden de ideas, sobre el lapso comprendido entre el 28 de diciembre de 2004 y el 2 de mayo de 2005, se advierte que mediante acto administrativo de fecha 17 de enero de 2005 el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional (fl.186) suspendió en el ejercicio de funciones al actor en virtud de la medida de aseguramiento decretada, orden que estuvo vigente hasta el 10 de agosto de 2005 cuando el Ejército Nacional teniendo en cuenta que el Tribunal Superior Militar concedió el beneficio de libertad provisional al extremo activo el 2 de mayo de 2005, ordenó el restablecimiento de las funciones y atribuciones del señor Cuesta Pizarro (fl.186).

Así las cosas, durante ese período (4 meses y 4 días) si bien el accionante estuvo suspendido en sus funciones por la medida de aseguramiento decretada en su contra ese lapso se contabiliza como de servicio activo y por lo tanto se tiene en cuenta para la liquidación de las referidas prestaciones sociales.

En efecto, no le asiste razón a la mandataria de la parte actora cuando afirma que se no profirió acto administrativo que suspendiera de sus funciones al señor Cuesta Pizarro. No obstante, como se explicó a pesar que él se encontraba inmerso en esa situación administrativa, al continuar percibiendo el 50% de su salario como contraprestación del trabajo ese tiempo se le considera como de servicio activo y por consiguiente se tiene en cuenta para la liquidación de las anotadas prestaciones sociales.

Respecto al segundo lapso de suspensión, esto es el comprendido entre el 4 de abril de 2011 hasta el 19 de octubre de 2015, no obra en el plenario acto

administrativo que ordenara la suspensión de las funciones y atribuciones al actor, por el contrario, se avizora que él estuvo en servicio activo sin restricciones, por lo que se le cancelaron todos los emolumentos correspondientes por la prestación personal del servicio (en este caso en el centro de reclusión) tal como se observa de los desprendibles de nómina obrantes a folios 23 a 89 del plenario y de lo manifestado por la accionada en el Oficio No. 20173131280121 del 2 de agosto de 2017 (fl.217).

En ese orden de ideas, en principio los 4 años, 7 meses y 10 días, en que el accionante estuvo privado de libertad ante la imposición de detención preventiva, al prestar sus servicios en el centro de reclusión (fls.10 a 11) y al recibir el correspondiente salario (fls. 23 a 89), son periodos que se tiene como prestación efectiva del servicio y por lo tanto se contabilizan para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales descritas.

Así las cosas, le asiste razón a la parte actora cuando afirmó que para el anotado periodo, no existió acto administrativo que suspendiera al accionante en sus funciones. No obstante, se advierte que si bien no fue afectado con esa situación administrativa, ese lapso sólo se tiene en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales ya que para efectos de reconocimiento y pago de asignación de retiro debe atenderse la regla establecida en el parágrafo del artículo 7° del Decreto 4433 de 2004.

En efecto, en tratándose del cómputo de tiempos de servicios necesarios para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro el parágrafo del artículo 7° del Decreto 4433 de 2004, señala expresamente que el tiempo de condena privativa de la libertad personal, decretada por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, o de separación temporal, no se computará como tiempo de servicio.

Es decir, que el tiempo en el cual sea condenado un militar a prisión, no se tendrá en cuenta para el reconocimiento y pago de asignación de retiro, aun cuando se presten servicios dentro del centro carcelario.

En el asunto, el señor Cuesta Pizarro fue condenado a la pena principal privativa de la libertad por treientos ochenta y cuatro (384) meses de prisión que equivalen a treinta y dos (32) años de prisión por haber sido declarado penalmente responsable como coautor de homicidio en persona protegida por parte del Juzgado Veintiuno

Penal del Circuito de Medellín en providencia del 14 de junio de 2013 (fls.229 a 248), confirmada en su integridad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Penal (fls.249 a 314).

El Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia del 14 de junio de 2013 señaló: *“Al suboficial CUESTA se le abonara eso sí el tiempo que ha permanecido privado de su libertad hasta la fecha (art.37-3 del Código de las Penas)”* (fl.247).

En ese orden de ideas, conforme al párrafo del artículo 7º del Decreto 4433 de 2004, el tiempo de condena privativa de la libertad personal no se tendrá en cuenta como tiempo de servicios, por lo tanto, al establecerse que el lapso en el cual el accionante estuvo privado preventivamente de su libertad hace parte del tiempo de la condena impuesta por la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad penal, se colige que ese periodo no cuenta para el reconocimiento y pago de asignación de retiro, independientemente que durante ese periodo se hayan o no decretado suspensiones o separaciones temporales.

En efecto, la deducción de los tiempos en los cuales el actor estuvo privado de la libertad preventivamente y que se tomaron como cumplimiento de la condena impuesta, no es una medida accesoria a la principal (condena por el delito de homicidio en persona protegida) decretada unilateralmente por la accionada, como lo afirma la mandataria de la parte actora, ya que ese descuento se efectúa por disposición expresa del párrafo del artículo 7º del Decreto 4433 de 2004.

Por otra parte, la parte actora solicita se tenga como precedente la sentencia del 7 de abril de 2011 proferida por el Consejo de Estado, la cual fue referida en el marco jurídico y jurisprudencial (fls.125 a 136).

Al respecto, se advierte que la anotada sentencia no se constituye como precedente toda vez que en ella se argumentan juicios jurídicos y fácticos distintos a los que en el presente asunto se debaten.

Lo anterior, por cuanto, en esa oportunidad el Consejo de Estado analizó un caso en el cual la entidad no tuvo en cuenta el tiempo de servicios prestados por un militar que fue suspendido en sus funciones para la liquidación de cesantías (prestación social), hecho que difiere al del asunto, ya que aquí se discute si el actor con base

en el periodo en el cual estuvo recluido preventivamente en prisión que después se contabilizó como cumplimiento de pena se debe o no tener en cuenta para el reconocimiento y pago de asignación de retiro conforme los términos del párrafo del artículo 7° del Decreto 4433 de 2004.

Así las cosas, se reitera que para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales el tiempo en el cual un personal de las Fuerzas Militares estuvo suspendido de sus funciones por la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de la libertad se tiene como servicio activo por lo que se contabiliza para dicho reconocimiento (tal como lo concluyó el Consejo de Estado en la sentencia del 7 de abril de 2011), situación distinta que ese periodo no se tenga en cuenta para el reconocimiento de asignación de retiro por expresa disposición del párrafo del artículo 7° del Decreto 4433 de 2004 por cuanto ese lapso se toma como tiempo de cumplimiento de condena.

En ese orden de ideas, se establece por el Despacho que los descuentos de los periodos realizados por la entidad accionada por el tiempo en que el accionante estuvo privado de su libertad preventivamente y que después se contabilizaron como cumplimiento de la pena se ajusta a los dispuesto por el párrafo del artículo 7° del Decreto 4433 de 2004, por lo que los mismos no se deben tener en cuenta para el reconocimiento y pago de asignación de retiro, tal como lo efectuó la entidad accionada en la Resolución 4664 del 30 de junio de 2016 (fl.16).

Por todo lo expuesto, concluye el Juzgado que el accionante al acreditar la prestación de servicios por 15 años, 4 meses y 16 días no tiene derecho al reconocimiento y pago de asignación de retiro por haber sido retiro bajo la causal de separación absoluta que exige la acreditación de más de 20 años para adquirir la referida prestación pensional según los términos del Decreto 991 de 2015, por lo que se negaran las pretensiones de la demanda.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en este fallo.

SEGUNDO: Sin lugar a Costas en esta instancia.

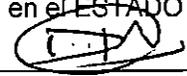
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Hoy veintitrés (23) de mayo de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. 033.



DIEGO EWIN PULIDO MOLANO
Secretario



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00233-00
Demandante: CLAUDIA ELIZABETH YEPES CASTAÑEDA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD
CENTRO ORIENTE ESE.
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia
de primera instancia –Contrato realidad

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 13-00/901 del 24 de noviembre de 2016, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales derivadas de la relación laboral y reglamentaria que existió entre las partes.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, a:

Declarar la existencia de la relación laboral y/ contrato de trabajo entre la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda y la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE.

Declarar que en la relación laboral de las partes no existió solución de continuidad en el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 al 30 de noviembre de 2014.

Declarar que el último salario devengado por la actora al servicio del Hospital La Victoria III Nivel ESE corresponde a la suma de \$1.074.872 M/CTE.

Cancelar las cesantías y los intereses de cesantías, debidamente indexadas correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014.

Pagar la sanción moratoria de manera indexada por el no pago de las cesantías dentro del término legal en los términos de la Ley 50 de 1990, esto es, un día de salario por cada día de retardo.

Reconocer y pagar las prestaciones sociales, tales como primas de navidad, primas semestrales, vacaciones, primas de servicios y primas de antigüedad, que correspondan al periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014, sumas que deben ser indexadas.

Devolver los dineros correspondientes a los aportes en salud, pensión y riesgos laborales cancelados por la actora en el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2014, debidamente indexados.

Cancelar al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales las cotizaciones que la señora Yepes no cubrió en el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014, teniendo en cuenta para la

liquidación del ingreso base de cotización los valores cancelados en los contratos y sus prorrogas.

Efectuar la devolución a la actora por concepto de retención en la fuente, realizada en el periodo de prestación de servicios.

Pagar a la señora Yepes los valores que resulten del subsidio de transporte por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2014.

En caso de no acceder a las anteriores pretensiones, se ordene cancelar a favor de la actora los factores salariales y prestacionales comunes de los servidores públicos de planta, correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2014.

Cancelar la indexación de las anteriores sumas de dinero o corrección monetaria a que haya lugar, *“por haber transcurrido un tiempo a través del cual, el valor que debía haberse cancelado respecto de todos los valores que se pretenden sean cancelados, no tiene en el momento de su pago, el valor intrínseco que tenía cuando debía ser solucionada dicha obligación (...)”*.

Pagar los intereses moratorios que resulten del reconocimiento tardío de las prestaciones sociales dejadas de cancelar causados hasta que se verifique su pago.

Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 82 a 86):

1. La señora Ramírez prestó sus servicios como auxiliar de enfermería de las salas de cirugía al servicio del Hospital La Victoria III Nivel ESE, bajo los siguientes contratos:

NO. CONTRATO	DESDE	HASTA
1231	1º de octubre de 2009	10 de enero de 2010
097	10 de enero de 2010	31 de diciembre de 2010
506	1º de enero de 2011	31 de diciembre de 2011
266	1º de enero de 2012	31 de diciembre de 2012
588	1º de enero de 2013	31 de diciembre de 2013
618	1º de enero de 2014	31 de noviembre de 2014.

2. La actora desempeñó en la sala de cirugía las siguientes funciones: *“Preparación de pacientes para el acto quirúrgico especializado en ginecología y obstetricia; identificación de paciente; control de signos vitales; circular en el proceso quirúrgico; asistir al anestesiólogo, instrumentadora, médico cirujano; recuento de compresas; llevar registro y notas de enfermería; traslado de pacientes a la camilla en el pos operatorio; pasar pacientes al servicio de recuperación.”*

3. Como jefes de la actora fueron: Enfermeras jefes: Carmenza Veloz, Mercedes Arias, Milena Bustos y Sonia Parra; Médicos Pediatras: Dra. Nubia Esperanza Peña, Dr. Diego Benavides y la Dra. Natalia Albán; Médicos generales: Dr. Alberto Yáñez, Dra. Carol Bermúdez, Dra. Carolina Tovar, entre otros.

4. El horario de trabajo que cumplió a cabalidad la actora fue de 19:00 pm hasta las 7:00 am.

5. La actora para faltar o ausentarse de su labor debía solicitar permiso o autorización a los jefes inmediatos.

6. La demandante prestó sus servicios al Hospital La Victoria III Nivel ESE de manera subordinada por parte de los enfermeros jefe y médicos de turno.

7. En el Hospital La Victoria III Nivel ESE laboran auxiliares de enfermería de planta, quienes desempeñan las mismas funciones ejercidas por la actora.

8. La señora Yepes efectuó el pago de los aportes de manera independiente a la EPS SALUDCOOP, al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN y a la administradora de riesgos laborales SURA y POSITIVA, durante el tiempo que prestó sus servicios a la entidad demandada.

9. El Hospital La Victoria III Nivel ESE efectuó el pago de la remuneración a través de consignación efectuada a la cuenta de ahorros del Banco Davivienda a nombre de la actora.

10. El Hospital La Victoria III Nivel ESE realizó descuentos del 10% sobre el valor mensual de cada contrato desde octubre de 2009 hasta noviembre de 2014, por concepto de retención en la fuente.

11. Durante el tiempo en que la actora laboró, el Hospital La Victoria III Nivel ESE no le reconoció ni canceló los valores correspondientes a cesantías, prima de navidad, vacaciones, aportes al fondo de pensiones, cotizaciones al sistema de salud, prima de antigüedad, bonificación por servicios y prima semestral, durante el tiempo de prestación de servicios a la entidad.

12. El Hospital La Victoria III Nivel ESE prescindió de los servicios de la actora a partir del 1º de diciembre de 2014, sin que medie justa causa.

13. El último salario devengado por la actora corresponde a la suma de \$1.075.000, de conformidad a los contratos y prorrogas celebrados en el año 2014.

14. Las prestaciones sociales y factores salariales que devenga un auxiliar de enfermería del Hospital son: asignación básica, prima de antigüedad, prima técnica, prima semestral, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación especial por recreación, cesantías e intereses de cesantías, de conformidad a la certificación expedida por la entidad demandada.

15. La demandante radicó ante el Hospital escrito en ejercicio del derecho de petición, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por todo el tiempo laborado, la indemnización por despido injusto y el pago por concepto de las cotizaciones al sistema de seguridad social durante todo el tiempo de la prestación de servicios.

16. La subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE expidió el acto administrativo No. 13-00/901 del 24 de noviembre de 2016, a través del cual negó la anterior solicitud a la actora.

17. La parte demandante solicitó conciliación prejudicial en cumplimiento del requisito de procedibilidad el 16 de marzo de 2017, sin que haya existido ánimo

conciliatorio por parte de la entidad demandada, por lo cual, la Procuraduría 131 Judicial II la declaró fallida.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 13, 25, 53, 123 y 125 de la Constitución Política; artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3148 de 1968; Decreto 3138 de 1968; Decreto 1848 de 1969; artículo 58 del Decreto 1042 de 1978; artículos 8º, 17, 26, 32, 33, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; Ley 33 de 1985; artículo 99 de la Ley 50 de 1990; Ley 226 de 1966; Ley 344 de 1996; Ley 432 de 1998; Decreto 1919 de 2002 y precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Indicó que el Hospital La Victoria III Nivel ESE y la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE al desconocer la relación laboral con la señora Yepes vulneraron sus derechos a la igualdad, trabajo y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Adujo que la actora laboró al servicio del Hospital bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, con turnos nocturnos de 7:00 pm a 7:00 am, cumpliendo órdenes de enfermeras jefes y médicos de turno, percibiendo como contraprestación de sus servicios una remuneración económica, presentándose de esta manera los requisitos del contrato laboral, como son: la prestación personal del servicio, la subordinación y la contraprestación de los servicios.

Señaló que la actora prestó sus servicios de manera ininterrumpida durante 5 años al Hospital a través de contratos de prestación de servicios, con los que se pretendió ocultar la verdadera relación laboral que existió entre las partes.

Afirmó que la señora Yepes prestó sus servicios de manera personal, pues en ningún momento podía delegar las funciones a ella encomendadas en persona diferente, con el fin de dar cumplimiento al objeto del contrato.

Manifestó que las prestaciones sociales deben reconocerse a título de reparación del daño a favor de la actora junto con las cesantías, debidamente liquidadas con base al

valor pactado en los contratos de prestación de servicios, de conformidad a lo dispuesto por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia.

Finalmente, discurrió que la actora prestó sus servicios a la entidad demandada de manera continua por el término de 5 años, ejerciendo funciones inherentes a la razón social del Hospital La Victoria ESE, como es la prestación de servicios de salud, teniendo en cuenta que se desempeñó como auxiliar de enfermería.

Por lo anterior, la señora Yepes tiene derecho a que se le reconozcan y paguen los factores salariales y prestacionales devengados por los servidores públicos, en virtud de lo dispuesto en la Ley 489 de 1998.

Como respaldo de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Hospital La Victoria ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 137 a 154).

El apoderado de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que el hecho de que la parte actora cumpla funciones similares a las del personal de planta, no implica que se deba reconocer la calidad de empleado público, en consideración a que para acceder al mismo debe acatar procedimientos con base en el mérito, entre los cuales se encuentra: superar el concurso de público, ser nombrado en el cargo y posesionarse.

Adujo que en el asunto de la referencia no existe prueba alguna que acredite el vínculo laboral entre la actora y la entidad que representa, como tampoco se encuentra configurada la subordinación. Además, precisó que se le cancelaron los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, por lo cual, no existen derechos u obligaciones pendientes de cumplir.

Afirmó que los contratos suscritos entre las partes cumplieron a cabalidad con las condiciones y requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, puesto que los mismos pueden celebrarse únicamente con personas naturales en caso de que las actividades no puedan realizarse por el personal de planta, motivo por el cual, no existe la posibilidad de pensar en que lo pactado atendía a una relación laboral.

Resaltó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, de conformidad a los factores que pasan a citarse:

“

1. *El régimen jurídico de la Empresa Social del Estado, como lo es el hospital La Victoria.*
2. *La naturaleza de la actividad funcional del hospital La Victoria, en su condición de Empresa Social del Estado tendiente a garantizar el principio constitutivo del derecho fundamental de la salud, de la población que la requiera.*
3. *La obligación legal del hospital La Victoria en su condición de Empresa Social del Estado, debe funcionar como un Ente autónomo, autosostenible y eficiente, de tal manera que pueda garantizar su viabilidad y permanencia en el mercado. Para tal efecto, es responsabilidad del Gerente, diseñar estrategias para su sostenibilidad financiera, fortaleciendo sus ingresos a través de la venta de sus servicios a entidades de salud, tales como: EPS, Aseguradoras del régimen subsidiado, entre otras, y a través de los contratos interadministrativos suscritos con el Fondo Financiero Distrital –SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, requeridos para la ejecución del Plan de Intervenciones Colectivas PIC y las Atenciones Asistenciales en cumplimiento de las Metas de Producción proyectadas en cada vigencia.*
4. *La vinculación de las personas mediante contrato de prestación de servicios para el apoyo de la Gestión, realizada de conformidad con lo previsto en el Régimen de Contratación de las Empresas Sociales del Estado, fue ratificada en la disposición prevista en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011.”*

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

De otro lado, propuso las excepciones denominadas: “*Caducidad de la acción*”, la cual fue resuelta en la etapa de excepciones de la audiencia inicial adelantada el 14 de diciembre de 2017; “*Autonomía del Contrato de Prestación de Servicios Celebrado entre las partes*”, al señalar que cada contrato suscrito con la actora cumplió con la disponibilidad presupuestal requerida, además de que se pactó el pago de honorarios, previo a la verificación del supervisor de cada contrato; “*Inexistencia del Contrato de Trabajo*”, en consideración a que no se presentaron los 3 requisitos, a saber: subordinación, remuneración y prestación personal del servicio; “*La naturaleza jurídica y funcional del Hospital La Victoria*”, en la que luego de hacer un recuento normativo,

precisó que las actividades contractuales desempeñadas por la actora se pactaron con total autonomía de las partes; *"Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido"*, al afirmar que la vinculación de la actora con la entidad que representa se hizo bajo los parámetros de un contrato de prestación de servicios, amparados por la buena fe contractual; *"Prescripción"*, respecto de cualquier derecho que se hubiere causado a favor de la actora por el término de 3 años, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Respecto a la prescripción extintiva del derecho, se resolvió en la etapa de excepciones de la audiencia inicial; *"Buena fe de la demandada"*, en consideración a que la entidad que representa no ha actuado de manera maliciosa respecto de los derechos de la actora; *"Enriquecimiento sin causa"*, al señalar que si el Hospital cancelara las sumas reclamadas por la actora, estaría incurriendo en un detrimento patrimonial y por ende, la actora se enriquecería sin justa causa.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 4 de abril de 2018 (Fl. 273), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, el apoderado de la parte actora estando dentro de la oportunidad legal presentó escrito de alegatos el 17 de abril de 2018 (Fls. 275-297), en el que además de ratificar los hechos, pretensiones de la demanda, fundamentos jurídicos y concepto de violación, precisó que en el asunto de la referencia quedó demostrada la verdadera existencia de una relación laboral entre las partes, la cual se encontraba oculta bajo la modalidad del contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que la actora prestó sus servicios de manera personal, bajo la subordinación de los jefes inmediatos y percibió una remuneración como contraprestación de sus servicios prestados.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada allegó escrito de alegatos dentro del término legal el 19 de abril de 2018, tal como se advierte a folios 301 a 308 del expediente, en el que afirmó que la actora no logró demostrar la existencia de una relación laboral, toda vez que no hubo subordinación por parte de la entidad, al contrario, afirmó que la señora Yepes actuó de manera independiente y autónoma, con el fin de cumplir con el objeto contractual.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *“Autonomía del Contrato de Prestación de Servicios Celebrado entre las partes”*, *“Inexistencia del Contrato de Trabajo”*, *“La naturaleza jurídica y funcional del Hospital La Victoria”*, *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”*, *“Buena fe de la demandada”* y *“Enriquecimiento sin causa”*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito alguna, pues la finalidad de ésta es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto; circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

Respecto de la denominada *“PRESCRIPCIÓN”*, encuentra el Despacho que si bien los argumentos refieren a que se declare la existencia del fenómeno jurídico de la prescripción extintiva, lo cierto es que el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), adujo que la misma se estudiará en la sentencia una vez se haya comprobado la existencia de la relación laboral.

De otro lado, en lo que refiere a la excepción de caducidad, considera esta instancia de conformidad a lo indicado por el órgano de cierre en la sentencia de unificación referida en precedencia, que la misma se analizará una vez se demuestre la

existencia de la relación laboral, teniendo en cuenta que los aportes al sistema pensional, por tratarse de derechos ciertos e indiscutibles no caducan.

Por lo anterior, este Despacho procederá a estudiar de fondo si la prescripción extintiva del derecho o el fenómeno jurídico de la caducidad se configuran en el asunto de la referencia, previo a verificar la existencia de la relación laboral de la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda con el Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada por este Despacho el 14 de diciembre de 2017 (Fls. 236 a 240), se fijó el litigio de la siguiente manera:

- ¿Es procedente la declaratoria de nulidad del Oficio No. 13-00/901 del 24 de noviembre de 2016, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE negó el reconocimiento y pago de las acreencias salariales y laborales y, en consecuencia, se declare la existencia de la relación laboral entre las partes y se paguen las diferencias prestacionales reclamadas por la actora de conformidad con el cargo desarrollado, esto es, auxiliar de enfermería a partir del 1º de octubre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014, tiempo que prestó sus servicios personales en dicha entidad?

3. ACERVO PROBATORIO.

- PRUEBAS DOCUMENTALES

3.1. Copia simple de contrato de prestación de servicios No. 097 del 10 de enero de 2010, junto con sus adiciones o prórrogas (Fls. 29 a 43).

3.2. Copia simple de contrato de prestación de servicios No. 506 del 1º de enero de 2011, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 44 a 58).

3.3. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 266 del 1º de enero de 2012, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 59 a 67).

3.4. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 588 del 2013, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 68 a 77).

3.5. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 618 del 1º de enero de 2014, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 78 a 80).

3.6. Copia simple de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 12 de octubre de 2016, mediante el cual la señora Yepes solicitó el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales como contraprestación de sus servicios y de las cotizaciones al sistema de seguridad social derivadas de cada uno de los contratos y la copia de los contratos de prestación de servicios, junto con sus prórrogas (Fls. 4 a 12).

3.7. Copia simple del Oficio No. 13-00/901 del 24 de noviembre de 2016, a través del cual la entidad demandada negó la anterior petición (Fls. 13 a 16).

3.8. Solicitud de conciliación extrajudicial radicada ante la Procuraduría General de la Nación el 16 de marzo de 2017 (Fls. 17 y 18).

3.9. Copia simple de la constancia de conciliación celebrada en la Procuraduría 131 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá D.C. (Fls. 19 a 21).

3.10. Copia simple de certificación expedida por el Profesional Especializado de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE el 15 de noviembre de 2016, en la cual se indican los factores salariales y prestaciones que percibe un auxiliar de enfermería código 412 grado 17 (Fl. 23).

3.11. Constanza expedida por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE el 17 de noviembre de 2016,

mediante la cual se relacionan los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes (Fl. 22).

3.12. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante el Hospital La Victoria III Nivel ESE el 10 de marzo de 2017, a través del cual solicitó las copias de las adiciones y prórrogas correspondientes al tiempo comprendido entre el 1° de enero de 2014 y el 30 de noviembre de 2014 (Fl. 24).

3.13. Copia simple de constancia expedida por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, en la cual precisa que la señora Yepes se encuentra afiliada a ese fondo desde el 29 de mayo de 1998 (Fl. 25).

3.14. Copia simple de la relación de aportes cotizados por la actora a la Administradora del Fondo de Pensiones desde junio de 1998 hasta diciembre de 2016 (Fls. 26 a 28).

3.15. Copia simple de los antecedentes administrativos de la actora (Fls. 164 a 226).

3.16. Copia simple de constancia expedida por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE el 14 de diciembre de 2017, en la que se relacionan los contratos suscritos con la señora Yepes y las funciones específicas en su calidad de auxiliar de enfermería (Fls. 245-246).

3.17. Copia simple del Acuerdo No. 012 del 2 de junio de 2015, mediante el cual se establece el manual de funciones del Auxiliar del Área de la Salud código 412 grado 17 (Fls. 247 a 249).

- PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaraciones rendidas el 9 de marzo de 2018, por las personas María de Jesús Puentes Torres, Carmenza Leal Rojas, Luz Edilma Giraldo Ospina, Esnedís Rada Angarita y Claudia Elizabeth Yepes Castañeda (Fls. 262 a 268), las cuales se encuentran en medio magnético obrante a folio 269 del expediente.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

La Constitución de 1991 en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53¹ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo, y determinó como principios fundamentales del derecho laboral entre otros la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

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

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

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

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstos 5 clases de empleos públicos a saber: a) los empleados públicos de carrera administrativa: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral, c) los servidores vinculados por elección popular, d) los empleados de libre nombramiento y remoción y e) la categoría residual que depende de la denominación que le de la Constitución y la Ley.

En ese orden de ideas, todas las necesidades que va creando la sociedad dentro de sus relaciones interpersonales deben ser provistas por las entidades administrativas a través de los diferentes empleos públicos creados por el Estado

¹ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

(...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

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

para cumplir en mayor medida los principios de la función pública.

Es por esto, que el artículo 125 y 209 de la Constitución Política establecen como pilar fundamental del Estado Colombiano la carrera administrativa ya que a través de esta se garantiza que la función pública sea prestada por personas calificadas que ingresan a las entidades a través del mérito en igualdad de condiciones y conforme a los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia. En ese orden de ideas, el ideal es que por regla general los servicios prestados por el Estado, sean realizados por servidores públicos que ocupen empleos de carrera administrativa.

Ahora bien, pueden existir momentos en los cuales el personal de carrera administrativa resulte insuficiente para atender todas las necesidades que va creando la sociedad, por lo cual el Estado debe buscar mecanismos que le permitan atender en el menor tiempo posible cada una de esas contingencias.

Por ende, en caso de que los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios se desfiguren, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

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

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

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

(...)

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

(...)” (Negrilla fuera de texto).

De la anterior normativa, se colige que los asuntos contractuales se enmarcan en el régimen privado consagrado en el Código Civil, que si bien, no establece específicamente el contrato de prestación de servicios, si dispone en su artículo 1973 el contrato de arrendamiento, en virtud del cual *“dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”*.

A su vez, el contrato de prestación de servicios, objeto del litigio, está definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

“3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”²

De conformidad al precedente normativo, son dos las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios, a saber: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, lo cuales se deben celebrar por el término estrictamente indispensable. No obstante lo anterior, el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado por las entidades administrativas para ocultar verdaderas relaciones de trabajo.

Al respecto, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, señalaron que se encuentra taxativamente prohibido que las entidades estatales recurran al contrato de prestaciones de servicios para ejercer funciones permanentes, disposiciones normativas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009 en la cual dicho alto

² Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

tribunal fue claro al determinar que las funciones permanentes designadas por la Ley y Reglamento las deben ejercer el personal de planta de la entidad que ingresaron a través del sistema de carrera administrativa, esto para evitar que se escondan verdaderas relaciones laborales y se desnaturalice el contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993.

Por ello, el artículo 48 numeral 29 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), señala como falta gravísima celebrar contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

Ahora bien, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

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

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

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

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

c. Un salario como retribución del servicio.

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

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presentan los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

En tal sentido, en caso que se compruebe que en un contrato de prestación de servicios concurren esos tres elementos, el trabajador tendrá derecho a que se paguen las prestaciones sociales y demás derechos salariales que se dejaron de percibir.

Respecto a las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, la Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, con ponencia del magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, señaló:

"(...)

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

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

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

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

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

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

de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

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

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

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

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

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

En la parte resolutive dispuso:

"Declarar EXEQUIBLES las expresiones 'no puedan realizarse con personal de planta o' y 'En ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales'

contenidas en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, 'salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada'.

En virtud del contexto jurisprudencial que antecede, se resalta que el elemento que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios es la subordinación o dependencia, caso en el cual si se demuestra que el mismo concurre hay lugar al pago de las prestaciones sociales.

Ahora bien, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamiento ha indicado que la continuada subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como contraprestación, desvirtúan el contrato estatal de prestación de servicios, en consideración a que se está ante la existencia de una relación laboral y por ende se deben reconocer y pagar las prestaciones sociales, sin que ello signifique que el contratista adquiera la calidad de empleado público dado que como se indicó sólo existen 5 formas en las cuales una persona se puede vincular con el Estado.

Lo anterior, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, lo que conlleva al amparo de los derechos mínimos de los trabajadores y a garantizar primordialmente el derecho a la igualdad.

En tal sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, expediente con radicado interno No. 0088-15, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, discurrió:

(...)

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

En otras palabras, el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales

remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

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

De conformidad al precedente jurisprudencial, al demostrar la existencia de los requisitos referidos se supera toda duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de los empleados de planta, evitándose de esta manera que se siga ocultando la naturaleza real de la actividad laboral bajo un contrato de prestación de servicios.

2. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda, a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 13-00/901 del 24 de noviembre de 2016, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, negó la existencia de una relación laboral y como consecuencia negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

En ese sentido, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido es menester corroborar si en los contratos de prestación de servicios celebrados con la hoy demandante se acredita o no la existencia de los tres elementos de la relación laboral y en caso de demostrarse que existió una relación de subordinación o

dependencia, habría lugar a ordenar el reconocimiento de las prestaciones sociales a favor del contratista en virtud del artículo 53 de la Constitución Política³, situación en la cual quedaría desvirtuada la existencia de un contrato de prestación de servicios.

Se reitera entonces, que los elementos esenciales del contrato de trabajo son:

- a. La prestación personal del servicio por parte del trabajador;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, quien tiene la facultad de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio; y
- c. La remuneración como contraprestación del servicio.

Entonces se procede a estudiar en el presente asunto los referidos elementos de la siguiente manera:

- De la prestación personal del servicio

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la demandante prestó sus servicios al Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, a través de la suscripción de varios contratos de prestación de servicios, los cuales se relacionan a continuación y en los que desarrolló actividades de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, desde el 1º de octubre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios conforme a los contratos obrantes en el expediente y a la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la entidad demandada, obrantes a folios 22, 29-80 y 245-246 del expediente:

CONTRATO	TERMINO DE DURACIÓN	ADICIÓN O PRÓRROGA
1231 de 2009	Desde el 1º de octubre de 2009 hasta el 10 de enero de 2010.	
97 de 2010	Desde el 11 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010.	Hasta el 30 de abril de 2010. Hasta el 31 de mayo de 2010. Hasta el 30 de junio de 2010. Hasta el 31 de julio de 2010. Hasta el 31 de agosto de 2010.

³ Establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, en aras de proteger los derechos mínimos de las personas, contemplados en normas que regulan la materia y garantizar el derecho a la igualdad.

		Hasta el 30 de septiembre de 2010. Hasta el 31 de octubre de 2010. Hasta el 30 de noviembre de 2010. Hasta el 25 de diciembre de 2010. Hasta el 31 de diciembre de 2010.
506 de 2011	Desde el 1º de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011.	Hasta el 31 de marzo de 2011. Hasta el 31 de mayo de 2011. Hasta el 31 de julio de 2011. Hasta el 31 de agosto de 2011. Hasta el 30 de septiembre de 2011. Hasta el 31 de octubre de 2011. Hasta el 15 de noviembre de 2011. Hasta el 31 de diciembre de 2011.
226 de 2012	Desde el 1º de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012.	Hasta el 31 de agosto de 2012. Hasta el 30 de septiembre de 2012. Hasta el 31 de octubre de 2012. Hasta el 30 de noviembre de 2012. Hasta el 31 de diciembre de 2012.
588 de 2013	Desde el 1º de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013.	Hasta el 30 de abril de 2013. Hasta el 30 de junio de 2013. Hasta el 31 de julio de 2013. Hasta el 31 de agosto de 2013. Hasta el 30 de septiembre de 2013. Hasta el 31 de octubre de 2013. Hasta el 30 de noviembre de 2013. Hasta el 31 de diciembre de 2013.
618 de 2014	Desde el 1º de enero de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2014.	Hasta el 30 de junio de 2014. Hasta el 30 de septiembre de 2014. Hasta el 31 de octubre de 2014. Hasta el 30 de noviembre de 2014.

De lo anteriormente relacionado se tiene que la actora desarrolló su labor de auxiliar de enfermería en el Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, durante más de 5 años de manera ininterrumpida mediante contratos de prestación de servicios.

- Remuneración

De conformidad a los contratos de prestación de servicios objeto de prueba del presente asunto y que obran en cuaderno separado, se evidencia que el Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE efectuó el pago mensual a la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda por los servicios prestados como auxiliar de enfermería.

- Subordinación o dependencia del trabajador

La Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000, definió la subordinación "como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la

imposición de reglamentos en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa (...).

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél (...).

A su vez, la mentada Corporación en sentencia C-665 de 1998, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, manifestó que el elemento esencial, tipificador y diferencial del contrato de trabajo es la subordinación, teniendo en cuenta que *“No pueden darse relaciones de trabajo sin un poder de dirección y un deber de obediencia, es decir sin aquél elemento de subordinación en el cual justamente los juristas ven la señal inconfundible del contrato de trabajo”*.

Respecto a este requisito, igualmente el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que es primordial la configuración de la subordinación, por ser el pilar que esclarece la existencia de la relación laboral que se mantenía oculta bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, la figura jurídica de la subordinación atañe a la facultad que tiene el empleador para impartir órdenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio, atinentes al desempeño de las funciones del empleado.

Contario sensu a la subordinación o dependencia están las condiciones de autonomía e independencia para la ejecución del contrato que son facultades propias y consustanciales de los contratos de prestación de servicios.

En ese sentido, se procederá a realizar un análisis de las pruebas obrantes en el expediente, con el fin de establecer si se encuentra configurada la subordinación o dependencia.

Cláusulas del contrato de prestación de servicios frente al concepto de subordinación

Una vez revisados los contratos suscritos por la actora con la entidad demandada, se colige de las cláusulas allí contenidas que los mismos no fueron ejecutados con total independencia y autonomía, siendo estos requisitos propios del contrato de prestación de servicios, tal como pasa a citarse:

El objeto de los diversos contratos suscritos entre la entidad demandada y la hoy demandante, fue el siguiente:

- *"El objeto de la presente Orden es la Prestación de Servicios integrales en las instalaciones del Hospital La Victoria ESE o en cualquiera de sus sedes donde este preste sus servicios como AUXILIAR DE ENFERMERÍA."*
- *"El objeto de la presente Orden es la Prestación de Servicios en las instalaciones del Hospital la Victoria III Nivel ESE o en cualquiera de sus sedes donde éste preste sus servicios, como AUXILIAR DE ENFERMERIA, de conformidad con la moral y las buenas costumbres, con criterios de calidad, principios éticos y buenas prácticas relacionadas con sus actividades contractuales de manera eficaz y ejecutando las ACTIVIDADES descritas en el REQUERIMIENTO, allegado pro el área respectiva, el cual hace parte integral de la presente orden."*

De otro lado, se estableció como obligación del contratista:

- *"1- Conocer y cumplir a cabalidad las normas propias de una ESE de III Nivel, relacionadas con las actividades a desarrollar, así como conocer y aplicar en debida forma los manuales de procesos y procedimientos propios del área o servicio en el cual se ejecute la actividad. 2. Adelantar cada actuación o procedimiento con ética respetando al cliente interno y al externo. 3. Cumplir con las normas de asepsia y antisepsia establecidas en el hospital o en el área designada. 4. Disponer de actitud de servicio de acuerdo a la misión y visión, principios y valores del Hospital La Victoria para la debida y adecuada prestación del servicio. 5. Ejecutar con plena autonomía técnica y científica el objeto relacionado de esta orden. 6. Conservar, mantener y garantizar la reserva legal a la historia clínica o cualquier información relacionada con la misma a la cual tenga acceso. 7. Apoyar en la revisión y actualización de guías y protocolos de atención. 8. Vigilar y garantizar el correcto uso de los equipos y elementos de los servicios. 12. Garantizar el debido cumplimiento a la resolución No. 299 de 2008 "Políticas de utilización de equipos de cómputo". 9. Conocer y cumplir a cabalidad el "Manual del usuario para la utilización de equipos de cómputo". Respondiendo en caso de afectación al mismo. 10. Cumplir a cabalidad con el Decreto 4747 de 2007 "Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones" y la resolución 3047 de 2008 "Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones*

entre los prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007”, en los aspectos directamente relacionados con las actividades contratistas. 11. Garantizar el cubrimiento permanente de los servicios asignados. Una vez sea entregada la programación de turnos y recibida por cualquier medio por parte del CONTRATISTA, este se obliga a cumplir con los mismos, en caso de no tener asignación de turno con las actividades programadas. 12. Realizar autocontrol sobre las actividades realizadas. 13. Asistir a las reuniones de su servicio. 14. Portar carné del Hospital durante la prestación del servicio. 15. Presentar al interventor de la Orden de Prestación de Servicios las copias y conservar los originales de los recibos de Pago de Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (Salud, Pensión y ARP Artículo 18 Ley 1122 de 2007), por si se requiere algún tipo de verificación. 16. Participar en investigaciones de caso de su servicio cuando sea requerido para ello. 17. Recibir y entregar turno, cuando proceda. 18. Realizar vigilancia epidemiológica en todas aquellas situaciones que sean factor de riesgo para la población e informar sobre las enfermedades de notificación obligatoria. 19. Cumplir a cabalidad las actividades que se estipulan en la cláusula 2 de la presente orden y que son parte integral de la misma. 20. Cumplir con la entrega de documentos (informe de actividades y pagos de salud, pensión y ARP) dentro del primer día hábil de cada mes al interventor del contrato u orden, así mismo atender los requerimientos realizados por la oficina jurídica, para lo cual deberá el contratista pasar a esta oficina o comunicarse al 2065591 a fin de que sea informado de la fecha de legalización de adiciones que puedan generarse a este contrato u orden previo al vencimiento del principal o de las prorrogas. 21. Conocer y garantizar el cumplimiento al plan de emergencias interno y externo en lo relacionado con su servicio. 22. Las demás actividades que puedan ser requeridas por el interventor o supervisor y que no estén fuera del objeto de la orden (...).”

De otra parte, en el contrato se estipuló que el pago de los honorarios a la actora procede siempre y cuando se presente un informe mensual en donde se evidencien las actividades efectivamente ejecutadas y una certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato.

Adicionalmente, como cláusula de los contratos se estableció la supervisión o interventoría de la siguiente manera:

- *“El control sobre la ejecución y cumplimiento de la presente orden será ejercida por EL HOSPITAL a través de REFERENTE PROCESO ENFERMERIA SEDE II IMI, quien deberá cumplir a cabalidad con las obligaciones consagradas en el Artículo 33 del acuerdo 026 de 2011, y las del reglamento de Supervisión del Hospital.”*

En virtud de la cláusula citada, se evidencia que la supervisión o interventoría por parte del Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios Salud ESE a través de un Supervisor, en la ejecución de cada uno de los contratos

por parte de la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda en los términos citados, denota sujeción o dependencia laboral.

Ahora, si bien la entidad consagró como cláusulas que *“La presente Orden en ningún caso será considerada como orden de trabajo y en desarrollo del mismo, el CONTRATISTA no tendrá ninguna relación de naturaleza laboral con EL HOSPITAL y por ende los pagos que se hagan con base en él no son salarios ni generan prestaciones sociales”*, lo cierto es que para esta instancia judicial se encuentra demostrado que la actora debía reportar el cumplimiento de las actividades ordenadas por la entidad, circunstancia que desvirtúa la autonomía e independencia que se predica de un contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, una vez revisadas en su conjunto las cláusulas de cada contrato suscrito por las partes, las documentales, las declaraciones y demás pruebas obrantes en el plenario, la actora logró comprobar que su labor se desarrolló bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la entidad demandada, teniendo en cuenta que el supervisor del contrato velaba para que las funciones asignadas se cumplieran a cabalidad, lo que permite de esta manera la configuración de la existencia de una relación laboral que debe ser garantizada en cumplimiento del principio constitucional de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Además de lo anterior, a folios 247 a 249 del expediente, se encuentra el Acuerdo N° 012 de 2015 *“Por medio del cual se modifica el Manual de Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de Planta de Personal del Hospital La Victoria III Nivel Empresa Social del Estado”*, en el que se relacionan las funciones de un auxiliar del área de la salud código 412, grado 17, las cuales pasan a citarse:

“1. Ejecutar las actividades de enfermería de acuerdo con el plan de ciudadanos específico para cada paciente, de acuerdo con los protocolos y normatividad vigente.

2. Diligenciar en forma adecuada los documentos de enfermería correspondientes a la historia clínica, tales como, notas de enfermería, hoja neurológica, formato de identificación de riesgos de caídas y registro de actividades realizada por enfermería, de conformidad con la normatividad vigente.

3. *Aplicar las guías y protocolos establecidos para el servicio de conformidad con los procedimientos vigentes en la entidad.*
4. *Brindar educación a paciente y familiares relacionada con cuidados en casa, alimentación, movilización, controles y uso de medicamentos.*
5. *Realizar actividades de auxiliar de enfermería asignadas de acuerdo a los programas y planes de acción.*
6. *Distribuir las historias clínicas en cada consultorio, para la adecuada prestación de los servicios.*
7. *Administrar medicamentos de acuerdo con la prescripción médica y la asignación de la enfermera jefe.*
8. *Entrevistar y preparar al paciente de acuerdo a la consulta e impartiendo la educación requerida.*
9. *Educar al individuo, familia y comunidad en los aspectos de prevención, promoción, tratamiento de los principales problemas de salud que afectan la población del área de influencia.*
10. *Realizar el registro diario y consolidado mensualmente de las actividades realizadas.*
11. *Realizar las acciones de salud pública de su responsabilidad en la promoción de la salud, prevención de la enfermedad, tratamiento, rehabilitación y vigilancia en salud pública a nivel intra y extramural, necesarios en los diferentes grupos de ciclo evolutivo y de acuerdo con la normatividad vigente.*
12. *Realizar notificación y seguimiento de eventos de salud pública detectados intra y extramural proporcionando información oportuna y veraz sobre los eventos de salud pública.*
13. *Realizar actividades de vacunación de acuerdo a las normas vigentes del PAI.*
14. *Brindar a la comunidad información sobre acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad.*
15. *Participar en la elaboración y actualización de guías, protocolos, manuales y procedimientos del área.*
16. *Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del empleo y el área de desempeño.”*

Ahora bien, a folios 245 y 246 obra certificación expedida por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, en la que precisó las siguientes funciones específicas a cargo de la actora:

- “1- *Recibir y entregar turno de acuerdo al protocolo de recibo y entrega de turno, permitiendo dar continuidad al tratamiento y atención del usuario.*
- 2- *Controlar los signos vitales de cada uno de los pacientes asignados con la periodicidad requerida según orden médica y de la Enfermera, registrando en el formato correspondiente.*

- 3- Orientar y preparar a los pacientes para exámenes diagnóstico de acuerdo con los protocolos de manejo y tecnología requerida. Según normas establecidas para cada procedimiento.
- 4- Realizar actividades propias del cuidado de enfermería previniendo eventos adversos como caídas, úlceras de presión, quemaduras, pérdida de elementos de los usuarios, fuga de usuarios, úlceras de presión, errores en la administración de medicamentos y otros.
- 5- Notificar inmediatamente los eventos adversos ocurridos a sus pacientes al médico de turno, jefe inmediato y en el aplicativo dispuesto para ello.
- 6- Informar a la enfermera jefe del servicio y médico tratante, sobre los cambios del estado clínico de los pacientes en forma oportuna y adecuada.
- 7- Revisar la Historia clínica de los pacientes asignados conociendo su evolución diaria, tratamiento, para realizar el plan de cuidado de enfermería integral del paciente.
- 8- Mantener limpio y ordenado la unidad de los pacientes asignados durante el turno.
- 9- Realizar registros clínicos en forma oportuna, diligenciando todas las casillas correctamente y dando cumplimiento a la resolución 1995-1999.
- 10- Generar actitudes y prácticas saludables, fortaleciendo el trabajo en equipo.
- 11- Cumplir las normas institucionales del comité de epidemiología (lavado de manos antes y después del manejo del paciente, técnica aséptica, normas de bioseguridad, medidas de aislamiento, aseo de unidades, desinfección de equipos entre otros).
- 12- Responder por los inventarios, conservación y uso adecuado de los equipos elementos e insumos entregados al servicio.
- 13- Devolver a la cancelación del contrato los bienes entregados (equipos), para el desarrollo de las actividades contractuales.
- 14- Mantener organizadas las Historias Clínicas de conformidad con el manual de Historias clínicas vigentes para la institución.
- 15- Dar cumplimiento con lo establecido en las normas y protocolos de la institución.
- 16- Asistir a reuniones de grupo funcional y capacitaciones programadas por la institución.
- 17- Realizar la desinfección oportuna de las camas libres y los traslados necesarios para poder asignar las camas a los pacientes que lo requieran.
- 18- Realizar la toma oportuna de las muestras de laboratorio que requieran los pacientes con el fin de agilizar el tratamiento.
- 19- Asistir en la alimentación a los pacientes asignados conservando las precauciones establecidas según el caso.
- 20- Realizar el control de líquidos administrados y eliminados registrando en forma oportuna y adecuada los resultados.
- 21- Portar el uniforme en forma adecuada teniendo en cuenta las normas de presentación personal (cabello recogido, uñas cortas sin esmalte, no portar joyas y ropas no apretadas ni transparentes).
- 22- Ofrecer trato con calidez y calidad al paciente y la familia, dando una atención humanizada, evitando la polémica y conservando el respeto por la dignidad humana.
- 23- Impartir educación al paciente y a la familia sobre los cuidados específicos a tener en casa de acuerdo a la situación clínica del paciente.
- 24- Mantener la reserva de la información clínica y personal de los pacientes.
- 25- Dar cumplimiento a las guías y protocolos establecidos por la institución."

En ese sentido, se logró demostrar que las funciones que anteceden fueron realizadas por la hoy demandante, motivo que permite a este Despacho afirmar que la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda efectuó las labores en idénticas

condiciones a los auxiliares de enfermería o del área de la salud de personal del Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE.

No obstante lo anterior, no es dable concluir que por existir una relación laboral entre las partes la demandante adquiere la calidad de empleada pública tal como lo pretende la actora, teniendo en cuenta que deben concurrir los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión de conformidad a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Política tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

Contrario sensu, lo que se predica es la existencia de una verdadera relación laboral que desvirtúa los contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE y la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda, circunstancia que conlleva a reconocer a título de restablecimiento del derecho las prestaciones sociales a su favor.

Ahora bien, este Despacho practicó el 9 de marzo de 2018, los testimonios a las señoras María de Jesús Puentes Torres, Carmenza Leal Rojas, Luz Edilma Giraldo Ospina y Esnedis Rada Angarita que obran en medio magnético a folio 269 del expediente, de los cuales se resalta lo siguiente:

Declaración rendida por la señora María de Jesús Puentes Torres.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: *“¿Le puede manifestar a este Despacho si la señora Claudia Elizabeth Yepes, las labores que realizaba quien le daba esas órdenes, quienes eran los jefes de ella?”*. RESPUESTA: *“Si todos tenemos y bajo las órdenes de la jefe inmediata de cada servicio”*.

PREGUNTADO: *“¿Usted recuerda los nombres de esas personas?”*. RESPUESTA: *“Recuerdo que inicialmente en el servicio de alojamiento estaba la jefe Carmenza Veloza y la jefe Mercedes Arias”*.

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si existían más personas de planta del Hospital de La Victoria que realizaran las funciones de auxiliar de enfermería que cumplía la señora Claudia Elizabeth Yepes?". RESPUESTA: "Sí, si habían más compañeras que eran de planta y ejercíamos las mismas funciones".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho, Usted en pregunta anterior manifestó el nombre de los jefes que tenían en las dos secciones, le puede indicar a este Despacho si sabe o le consta si estos mismos jefes, estas mismas personas también le suministraban órdenes al personal de planta de auxiliar de enfermería que usted enunció que también hacían las mismas funciones de la señora Claudia Yepes?". RESPUESTA: "Sí claro, para el desarrollo de esas funciones y estando en esa área pues todos somos iguales, no se va a preguntar si son de planta o son de contrato (...) ellos no especifican".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si la señora Claudia Yepes tenía que cumplir algún horario en la prestación de su servicio?". RESPUESTA: "Sí claro todo el mundo teníamos que cumplir un horario de entrada, nosotros que éramos del turno de la noche (...) a las 19 horas recibíamos turno".

PREGUNTADO: "¿Usted manifiesta que recibían turno a las 19 horas, a qué horas terminaban ese turno?". RESPUESTA: "Sí de las 19 a las 7 de la mañana, hasta que entregáramos todos los pacientes debidamente monitoreados (...)".

PREGUNTADO: "¿Le puede manifestar a este Despacho, si para la señora Claudia Elizabeth Yepes como para ustedes como auxiliares de enfermería era forzoso el cumplimiento del horario de trabajo que manifestó en la pregunta anterior?". RESPUESTA: "Sí doctor, era estricto el cumplimiento del horario".

Declaración rendida por la señora Carmenza Leal Rojas.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: “¿Le puede decir a este Despacho si sabe o le consta si en el Hospital La Victoria, como usted afirmó anteriormente donde trabajaba la señora Claudia Elizabeth Yepes, laboraban personal de planta que ejerciera las mismas funciones que la señora Claudia Yepes?”. RESPUESTA: “Si había personal de planta que ejercíamos las mismas funciones”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho, si los jefes del personal de planta del Hospital La Victoria eran los mismos jefes o personas que le daban las órdenes a la señora Claudia Yepes?”. RESPUESTA: “Si señor”.

Declaración rendida por la señora Luz Edilma Giraldo Ospina.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: “¿Le puede manifestar a este Despacho si sabe o le consta si la señora Claudia Elizabeth Yepes tenía jefes directos?”. RESPUESTA: “Nuestra jefe inmediata con la que trabajábamos y pues los médicos que estaban de turno (...)”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si existía personal de planta que cumpliera las mismas funciones de la señora Claudia Elizabeth Yepes?”. RESPUESTA: “Si existían personales de planta como compañeras y auxiliares de enfermería”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta que horario cumplía la señora Claudia Elizabeth Yepes?”. RESPUESTA: “Ingresábamos a las 7 de la noche hasta las 7: 30 de la mañana del día siguiente”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta que horario cumplía la señora Claudia Elizabeth Yepes?”. RESPUESTA: “Ingresábamos a las 7 de la noche hasta las 7: 30 de la mañana del día siguiente”.

Declaración rendida por la señora Esnedis Rada Angarita.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si existía personal de planta del Hospital de La Victoria que realizara las mismas funciones que la señora Claudia Elizabeth Yepes?”. RESPUESTA: “Si señor”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si los jefes de estas personas que usted acaba de enunciar anteriormente eran los mismos de la señora Claudia Elizabeth Yepes?”. RESPUESTA: “Si señor eran los mismos”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si la señora Claudia Elizabeth Yepes cumplía algún horario de trabajo?”. RESPUESTA: “Si, si cumplía al igual que nosotros horario de trabajo”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho cual era el horario que cumplía ella?”. RESPUESTA: “De 7 de la noche a 7 de la mañana”.

Por su parte, del interrogatorio rendido por la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda se destaca que: (i) trabajó al servicio del Hospital La Victoria III Nivel ESE; (ii) prestó sus servicios como auxiliar de enfermería bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios; (iii) recibía funciones del jefe inmediato y (iv) cumplía un horario de trabajo que empezaba desde las 7 de la noche hasta las 7 de la mañana.

De las declaraciones que preceden se extrae que la actora cumplía con un horario de trabajo de 12 horas diarias en turnos de noche, que cumplía órdenes de un superior –supervisor o jefe- y que las funciones asignadas a la contratista Claudia Elizabeth Yepes Castañeda son las mismas designadas a los auxiliares de enfermería o del área de la salud de planta.

En tal sentido, para este recinto judicial se refleja igualmente la subordinación y dependencia del Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE sobre las funciones de la actora, circunstancia que a todas luces desvirtúa la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte de la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda, teniendo en cuenta que está comprobada la verdadera existencia de una relación

laboral entre la actora y la entidad demandada, puesto que concurrieron los 3 requisitos, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración por los servicios prestados y principalmente el cumplimiento de sus labores bajo la subordinación o dependencia de la entidad.

En un caso de similares características el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección “A”, en sentencia del 14 de septiembre de 2017, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, demandante: Martín Alberto Gómez Rueda, demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, representado por La Fiduciaria Popular S. A. (FIDUPOPULAR S. A), expediente N.º. 68001-23-31-000-2010-00056-01(2543-14), adujo que se configuró la existencia de una relación laboral entre las partes al discurrir:

“(...)

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

(...)

Como se puede observar, estos testimonios son dignos de ser creíbles por cuanto son consistentes y armónicos en los hechos narrados entre sí, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se demuestran dos de los tres elementos de la relación laboral: la prestación personal del servicio y la subordinación, y, sobre todo, que el demandante ejerció la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeto a órdenes del director y del subdirector de salud. El tercer factor (la remuneración) se encuentra establecido en los contratos de prestación de servicios ejecutados con el valor de los honorarios recibidos durante su ejecución (ff. 129-183).

Así las cosas, en atención a que en el presente caso se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral disfrazada bajo contratos u órdenes de prestación de servicios, hay lugar a dar aplicación a los principios de igualdad e irrenunciabilidad de derechos en materia laboral (artículos 13 y 53 de la Carta Política); y, en consecuencia, la Sala estima que se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

En este orden, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda.

(...).”

Bajo las anteriores consideraciones, se reitera entonces que entre la señora Caludia Elizabeth Yepes Castañeda y el Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, existió una verdadera relación laboral, la cual se encontraba oculta por un contrato de prestación de servicios, por lo cual este Despacho pasará a verificar si en el asunto de la referencia se configura la prescripción extintiva de los contratos suscritos o el fenómeno jurídico de la caducidad de las prestaciones sociales reclamadas por la demandante.

Prescripción extintiva del derecho en contrato realidad

La prescripción *“tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que para reclamar los derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos”*⁴; no obstante, en los asuntos que refieren a la declaración de la existencia del contrato realidad, el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dictada dentro del proceso No. 230012333000201300260011, unificó lo que atañe al asunto al discurrir:

(...)

Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. 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.

⁴ Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso No. 680012331000200900636 01

(...)"

Con lo anterior, la honorable Corporación de lo Contencioso Administrativo dispuso que: (i) el interesado debe solicitar la existencia de la relación laboral y como consecuencia el reconocimiento y pago de los derechos laborales a que haya lugar dentro de los tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato de prestación de servicios, de conformidad con las previsiones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969; (ii) en los contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y con un lapso de interrupción entre uno y otro, la prescripción debe contabilizarse a partir de la fecha de terminación de cada uno de ellos y (iii) el fenómeno jurídico de la prescripción no es aplicable a los aportes para pensión, por tratarse de un derecho pensional imprescriptible y que se causa día a día.

En ese sentido, el Despacho procede a verificar si en el presente asunto se configura el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, se encuentra demostrado que la actora prestó sus servicios de manera continua e ininterrumpida desde el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014, fecha en que finalizó el último contrato de prestación de servicios que corresponde al No. 618 de 2014, de conformidad a los contratos obrantes en el expediente y a la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la entidad demandada, obrantes a folios 22, 29-80 y 245-246 del expediente.

Así las cosas, se advierte que la parte actora tenía hasta el 30 de noviembre de 2017, para reclamar la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Entonces, revisadas las documentales obrantes en el expediente se logró demostrar que la actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 12 de octubre de 2016 (Fls. 4-12), mediante el cual solicitó la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por lo cual queda plenamente demostrado que no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por la demandante en el asunto de la referencia, en consideración a que no se superó el término de 3 años con que contaba para provocar el pronunciamiento de la entidad.

Caducidad de las prestaciones sociales reclamadas por la demandante

Teniendo en cuenta que el asunto de la referencia gira en torno al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se causaron con ocasión a la existencia de una relación laboral entre la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda y el Hospital La Victoria III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, es necesario establecer si el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ejercitó dentro del término de caducidad de 4 meses, establecido en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, según el cual:

“Artículo 164.

(...)

1. En los siguientes términos so pena de que opere la caducidad:

*d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de **cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo**, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.” (Negrillas fuera de texto)*
(...)”

Ahora, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera –Subsección C, en providencia del 24 de marzo de 2011, expediente No. 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836), demandante: William Humberto Melguizo Marquez y otros, demandado: Instituto de Seguros Sociales, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, definió la caducidad en los siguientes términos:

“(...)”

La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan al aparato jurisdiccional a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto de manera definitiva por un juez de la república con competencia para ello.

*Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga⁵ a los integrantes del conglomerado social para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de los derechos reconocidos sustancialmente por las disposiciones jurídicas que de dichos supuestos fácticos se desprenden, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.
(...)"*

En este orden de ideas, es necesario precisar que la demandante debió acoger el término de los 4 meses para acceder a la jurisdicción, previo agotamiento del requisito de procedibilidad, de esta manera, se procede a determinar si operó o no el fenómeno de la caducidad.

Ahora, respecto a la manera de contabilizar el término de caducidad, el Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 5, con ponencia del Magistrado Felix Alberto Rodríguez Riveros, en providencia de 7 de febrero de 2013, demandante: Olga Maria Senejoa Nuñez, demandado: Municipio de Duitama, expediente No. 15693-3133-001-2012-00098-01, indicó lo que pasa a citarse:

*"(...)
Con posterioridad a la reforma introducida al inciso segundo del artículo 136 del C.C.A por el Decreto 2304 de 1989, el Consejo de Estado volvió a pronunciarse en relación con el momento desde el cual debe contabilizarse el término de caducidad, modificando el criterio fijado en la sentencia aducida por el impugnante en esta ocasión cuyo aparte quedó antes transcrito, según el cual, en todo caso, el término de caducidad debía contarse desde el momento en que el servidor hacía dejación material del cargo, sin interesar si antes había sido comunicado, notificado o publicado el acto administrativo demandado.*

En efecto, en fallo de 21 de noviembre de 1991 el Consejo de Estado señaló:

"(...) el cómputo del término de caducidad de la acción contencioso subjetiva, es desde la fecha en la que el interesado tiene conocimiento del acto, bien por notificación, comunicación o publicación, y en defecto de éstas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia (...)"³.

*Así las cosas, el término de caducidad, de conformidad con la nueva postura del Consejo de Estado, **debe contarse a partir del día siguiente de la publicación, notificación o comunicación, y sólo en defecto de éstas, desde la ejecución del acto administrativo.***

El nuevo criterio, más ajustado a la literalidad de la norma, ya que entiende que el término de caducidad debe contarse desde que tenga ocurrencia uno de los hechos señalados en ella, y no sólo el último de los indicados, esto es la

⁵ "(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales." DEVIS Echandía, Hernando "Teoría General del Proceso", Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

ejecución del acto administrativo, lo cual concluiría en el establecimiento de una regla diferente y contraria a la norma, en la que se harían nugatorias las demás opciones previstas normativamente, ha sido reiterado por el Consejo de Estado y precisado, facilitando con ello su aplicación.

(...)

Por ello, no tiene incidencia la ejecución del Acto Administrativo, a menos que se tome ésta como figura sustitutiva a falta de publicación, comunicación o notificación.

(...)". (Negrilla fuera de texto)

De la jurisprudencia en cita, se infiere que el término de caducidad se cuenta desde el día siguiente a la notificación, publicación o comunicación del acto, y que a falta de dicha constancia, se contabiliza desde el momento en que se ejecuta el acto administrativo.

Así las cosas, de las documentales obrantes en el expediente, está demostrado que (i) el Oficio No. 13-00/901 con radicado E-5872/2016, acto demandado en el asunto de la referencia, fue expedido el 24 de noviembre de 2016 (Fl. 13), sin que proceda recurso alguno en contra del mismo; (ii) a folios 19 a 21 del expediente obra constancia de conciliación expedida por la Procuraduría 131 Judicial II para asuntos administrativos, en la que se indicó que la actora presentó solicitud de conciliación el 16 de marzo de 2017, la cual se expidió el 24 de mayo del mismo año y (iii) el expediente fue radicado ante la Oficina de Apoyo el 26 de mayo de 2017, correspondiendo por reparto a esta instancia judicial (Fl.121).

En ese orden de ideas, no se encuentra configurada la excepción de caducidad, teniendo en cuenta que no se superó el término de 4 meses de que trata el literal d) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, motivo por el cual no hay lugar a declarar su prosperidad.

En ese sentido, al encontrarse comprobada la existencia de una relación laboral este Despacho ordenará el reconocimiento al pago de las prestaciones sociales que le corresponden por ley a los auxiliares de enfermería o del área de la salud, debidamente indexadas, precisándose que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos de tiempo correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Respecto de las vacaciones, se señala que no constituyen factor salarial, toda vez que las mismas *“no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador (...)”*⁶, que se otorga al cumplir un año de prestación de servicios, situación que además no concurrió en el asunto de la referencia en consideración a que cada uno de los contratos celebrados no superó el término de un (1) año de que trata el artículo 8º del Decreto 1045 de 1978⁷, circunstancia que permite concluir que la demandante no adquirió tal derecho y por ende, no pueden ser reconocidas en dinero como compensación, en tal sentido el Despacho no accederá a su reconocimiento.

En relación con la devolución de los dineros por concepto de aportes a la Seguridad Social Integral (salud, pensión), el Despacho siguiendo la pauta jurisprudencia trazada por la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, ordenará que la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE tome el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora, por el periodo trabajado entre el 1º de octubre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014 (descontando los días de interrupción).

De otro lado, el Despacho se abstendrá de ordenar la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente que le fueron practicados a la demandante, teniendo en cuenta que al ser un impuesto legal la entidad demandada debió ponerlos a disposición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, lo que da a concluir que no ingresaron al patrimonio de la entidad y ordenar su devolución conllevaría a un detrimento patrimonial que la entidad demandada no está en la obligación de soportar.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

⁷ Artículo 8: *“De las vacaciones. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales (...)”*.

Ahora bien, en lo atinente al pago de los intereses moratorios correspondientes a un día de salario por cada día de retardo en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, se hace indispensable indicar que no es procedente acceder a tal pretensión teniendo en cuenta que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se ordenará reconocer en la parte resolutive del presente fallo al encontrarse demostrada la verdadera existencia de una relación laboral entre las partes, situación que permite relevar a la entidad demandada del pago de dicha mora o indemnización alguna de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Además de las anteriores consideraciones, se precisa que no hay lugar a reconocer prima extralegal alguna, en consideración a que la facultad de crear las mismas en favor de los empleados que prestan sus servicios a las entidades públicas corresponde al Gobierno Nacional.

En consecuencia:

- (i) Se decretará la nulidad del Oficio No. 13-00/901 con sello del Hospital Centro Oriente ESE No. E-5872/2016 del 24 de noviembre de 2016, mediante el cual se negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales;
- (ii) Se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2014, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora;

- (iii) Respecto de las cotizaciones efectuadas por la actora a la aseguradora de riesgos laborales, se ordenará devolver las sumas canceladas por este concepto, en consideración a recaen en un aporte que no es compartido por las partes, pues su pago atañe únicamente al empleador⁸, previo a que la actora acredite las cotizaciones sufragadas a la administradora de riesgos laborales en el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2014.
- (iv) Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como auxiliar de enfermería o del área de la salud bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital La Victoria III Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE desde el 1º de octubre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y
- (v) Se reconocerá y pagará a la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.657.066 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que devenga un auxiliar de enfermería o del área de la salud del Hospital La Victoria III Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE –Código 412, Grado 17, por los periodos contratados comprendidos desde el 1º de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2014, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados.

Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión, de la devolución de cotizaciones efectuadas a la administradora de riesgos laborales y de las prestaciones sociales, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

⁸ Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994.

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Declarar la nulidad del Oficio No. 13-00/901 con sello del Hospital Centro Oriente ESE No. E-5872/2016 del 24 de noviembre de 2016, expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, mediante el cual se negó a la actora la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2014, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó

al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, tal como se indicó en la parte motiva.

TERCERO.- Devolver las sumas que canceló la actora a la aseguradora de riesgos laborales, en consideración a recaen en un aporte que no es compartido por las partes, pues su pago atañe únicamente al empleador⁹, previo a que la actora acredite las cotizaciones sufragadas a la administradora de riesgos laborales en el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2014.

CUARTO.- Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como auxiliar de enfermería o del área de la salud bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital La Victoria III Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE desde el 1º de octubre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO.- Se reconocerá y pagará a la señora Claudia Elizabeth Yepes Castañeda, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.657.066 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que devenga un auxiliar de enfermería o del área de la salud del Hospital La Victoria III Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE –Código 412, Grado 17, por los periodos contratados comprendidos desde el 1º de octubre de 2009 y el 30 de noviembre de 2014, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados.

SEXTO.- Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión, de la devolución de cotizaciones efectuadas a la administradora de riesgos laborales y de las prestaciones sociales, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

⁹ Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994.

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

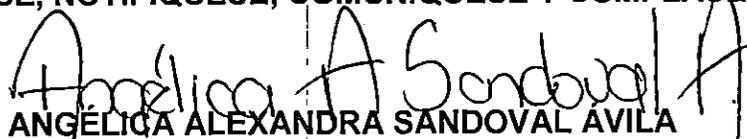
SÉPTIMO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO.- Sin lugar a condena en costas.

DÉCIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

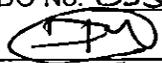
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Hoy 23 de mayo de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. 033.



DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario



JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

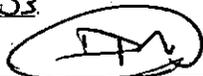
Proceso: 110013342-052-2017-00233-00
Demandante: CLAUDIA ELIZABETH YEPES CASTAÑEDA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE ESE
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Multa por inasistencia

Agréguense al expediente y téngase en cuenta para los fines pertinentes, la documental que antecede, mediante la cual el doctor Javier Gorgonio Garzón Romero acreditó el pago de la multa que le fue impuesta en la providencia del 4 de abril del año en curso (Fls. 9-10), por inasistencia a la audiencia inicial.

Notifíquese y cúmplase,


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

C.A

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-
Hoy 23 de mayo de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 33

DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00317-00
Demandante: JORGE ENRIQUE BUITRAGO GUZMAN
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de
primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Jorge Enrique Buitrago Guzmán en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Jorge Enrique Buitrago Guzmán, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 326640 del 30 de noviembre de 2013, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez y la nulidad de las Resoluciones números GNR 278551 del 11 de septiembre de 2015 y GNR 85196 del 18 de marzo de 2016, mediante las cuales la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de vejez del actor y resolvió un recurso de reposición, respectivamente.

Se declare la nulidad del silencio administrativo que surgió de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 2 de octubre de 2015.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES:

Reconocer y pagar la pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores salariales: sueldo, bonificación por servicios, prima de riesgos, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios, en cuantía de \$1.961.424, con los respectivos reajustes anuales establecidos en la Ley 100 de 1993.

Liquidar y pagar las diferencias de las mesadas pensionales calculadas entre los valores cancelados y los que se deben reconocer, debidamente actualizados en virtud de lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 187 del CPACA, esto es, con aplicación de los porcentajes de los índices de precios al consumidor o al por mayor hasta la fecha en que se efectúe el pago de lo adeudado.

Condenar a la entidad demandada al pago de costas procesales en los términos del inciso 1º del artículo 188 del CPACA, cuya liquidación se regirá por la normas del Código General del Proceso.

Cumplir la sentencia en los términos del inciso 1º del artículo 189 y de los incisos 1º y 2º del artículo 192 del CPACA.

Reconocer intereses moratorios atendiendo lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 195 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 37 y vuelto):

El actor laboró al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC desde el 28 de febrero de 1992 y hasta el 31 de diciembre de 2013, acumulando un total de 1.119 semanas de cotización para pensión de vejez.

El demandante efectuó cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social ahora UGPP y al Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

Mediante la Resolución No. GNR 326640 del 30 de noviembre de 2013, la Administradora le reconoció pensión de vejez, con base en el promedio de los últimos 10 años de servicios, en cuantía de \$1.089.986.

A través de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición radicado el 16 de junio de 2014, el actor solicitó la reliquidación de su pensión, ante lo cual la Administradora expidió la Resolución No. GNR 278551 del 11 de septiembre de 2015, negando la solicitud por considerar que desmejora la situación del señor Buitrago.

Contra la anterior decisión el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, siendo resuelto el primero a través de la Resolución No. GNR 85196 del 18 de marzo de 2016.

A la fecha de radicación del presente medio de control la entidad demandada guardó silencio respecto del recurso de apelación interpuesto, por lo cual, se superó el término de 2 meses de que trata el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011.

El último lugar de prestación de servicios fue en el Complejo Carcelario Penitenciario Metropolitano de Bogotá D.C. COMEB –La Picota, en el cargo de Dragoneante código 4114 grado 11.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas citó los artículos 2, 5, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; Ley 57 y 153 de 1887; Ley 6ª de 1945; Decreto 3135 de 1968; Ley 18 y 48 de 1969; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1045 de 1978; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Ley 32 de 1986; artículo 14 de la Ley 50 de 1990; artículos 11 y 36 de la Ley 100 de 1993; Decreto 1158 de 1994; artículo 168 del Decreto 691 de 1994; artículos 21 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo; la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010 y las sentencias del 1º de agosto de 2013 y del 25 de febrero de 2016, dictadas por el exconsejero Gerardo Arenas Monsalve.

En síntesis precisó que el demandante tiene derecho que se le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Para el efecto citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 104-110).

El apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Afirmó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora con fundamento en las normas y disposiciones legales previstas para las pensiones cobijadas por el régimen de transición, razón por la cual, no se accedió a la petición de reliquidación de la prestación.

Manifestó que el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante se tasa de conformidad a la Ley 100 de 1993, de conformidad a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, esto es, que el IBL se tasa con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de prestación de servicios o a quienes les faltare más de 10 años, con el promedio que le hiciera falta.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, por cuanto no existe norma alguna que obligue a COLPENSIONES a reconocer o pagar prestación en favor del demandante; (ii) *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, en consideración a que la entidad reconoció la prestación de la parte actora con fundamento en normas legales establecidas para el asunto en concreto; (iii) *"IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA RECONOCER Y PAGAR DERECHOS POR FUERA DEL ORDENAMIENTO LEGAL"*, al señalar que los requisitos exigidos no pueden desconocerse; (iv) *"PRESCRIPCIÓN"*, contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación; (v) *"BUENA FE"*, al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley y (vi) *"GENÉRICA O INOMINADA"*, con el fin de que se declare la prosperidad de las excepciones que se encuentren probadas en el transcurso del proceso.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA RECONOCER Y PAGAR DERECHOS POR FUERA DEL ORDENAMIENTO LEGAL"* y *"BUENA FE"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las

pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 18 de abril del año en curso (Fls. 87 a 90), las partes alegaron de conclusión.

El apoderado de la parte demandante, manifestó que se ratifica en todos los hechos y pretensiones de la demanda, señalando además que el actor tiene derecho a que la entidad demandada reconozca su prestación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Por su parte, la apoderada de la parte demandada se ratificó en cada uno de los puntos de hecho y de derecho de la contestación, precisando que el cálculo del IBL se debe realizar conforme a la interpretación de la Corte Constitucional.

El Ministerio Público señaló que no comparte los argumentos esbozados por la apoderada de la entidad demandada, puesto que se relevó de hacer los pronunciamientos por los cuales acoge la postura de la Corte Constitucional.

Además, indicó que la interpretación que hace la Corte Constitucional del ingreso base de liquidación, aplica únicamente a las pensiones cobijadas por el régimen de transición, el cual no se aplica al asunto de la referencia en consideración a que la pensión del actor se cobija por un régimen especial contemplado en la Ley 32 de 1986.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 18 de abril de 2018 (Fls. 87 a 90), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Se configuró el silencio administrativo respecto del recurso de apelación presentado por la parte actora ante la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, el 2 de octubre de 2015?
- ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de vejez sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios como exfuncionario del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, o si se debe aplicar lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. GNR 326640 del 30 de noviembre de 2013, mediante la cual se ordenó el reconocimiento de una pensión de vejez a favor del actor, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 4-10).

2.2. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 16 de junio de 2014, a través del cual la parte actora solicitó la reliquidación de la pensión que percibe con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios (Fls. 11-17).

2.3. Copia simple de la Resolución No. GNR 278551 del 11 de septiembre de 2015, que negó la anterior solicitud, con su respectiva constancia de notificación (Fl. 18-21).

2.4. Escrito mediante el cual interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación el 2 de octubre de 2015 (Fls. 22-28).

2.5. Resolución No. GNR 85196 del 18 de marzo de 2016, por la cual se resolvió un recurso de reposición, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 29-32).

2.6. Copia simple del certificado de información laboral y de salarios mes a mes expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, en el que se indica el tiempo laborado por el actor en esa entidad y los factores salariales devengados en los años 2012 a 2013 (Fls. 33-35).

2.7. Copia simple del certificado de información laboral expedido por la Subdirectora de Talento Humano del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, en el que se indica que el señor Buitrago laboró en esa entidad desde el 28 de febrero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2013, en el cargo de Dragoneante código 4114 grado 11 (Fl. 36).

2.8. Copia simple de la cédula de ciudadanía del señor Jorge Enrique Buitrago Guzmán (Fl. 3).

2.9. Resumen de semanas cotizadas por el señor Buitrago en la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES (Fls. 73-78).

2.10. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos de la parte demandante (Fl. 68).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia en primer lugar a la norma que consagra el silencio de la administración en recursos y los eventos en que se configura el mismo y en segundo lugar, la normatividad aplicable al cuerpo de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario -INPEC, así como establecer los factores salariales a tener en cuenta para liquidar sus pensiones.

- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN RECURSOS

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación presentado por el actor ante la entidad demandada tiene fecha de radicación del 2 de octubre de 2015, es aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual empezó a regir desde el 2 de julio de 2012.

En ese sentido, el silencio administrativo se configuró en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 86 consagró:

“Artículo 86. Silencio administrativo en recursos. Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.

La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La no resolución oportuna de los recursos constituye falta disciplinaria gravísima¹.”

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo en recursos se configura pasados 2 meses contados a partir de su interposición, sin que la entidad notifique la decisión al interesado.

El Consejo de Estado², respecto al silencio administrativo indicó:

“(…) El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan

¹ El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-721 de 2015.

² Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Demandante: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION, DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Sentencia de 30 de abril de 2014.

omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable. (...)”.

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión de fondo en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO –INPEC.

Al respecto, la Ley 32 del 3 de febrero de 1986 *"por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia"*, en su artículo 1º dispuso que *"La presente Ley regula todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional."*

A su vez, en los artículos 10 a 15, se consagró:

"Artículo 10. Composición. El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, estará compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, quienes dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones."

"Artículo 11. Para efectos de mando, régimen disciplinario, obligaciones y derechos consagrados en esta Ley, las categorías de Oficiales, Sub-oficiales y guardianes, comprenden los siguientes grados y clases: a) Oficiales. 1. Comandante Superior. 2. Mayor. 3. Capitán. 4. Teniente. b) Sub-oficiales. 1. Sargento. 2. Cabo. c) Guardianes. 1. De primera clase. 2. De segunda clase."

"Artículo 12. Oficiales. Son oficiales, los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, formados y capacitados para comandar la vigilancia carcelaria, dirigir y coordinar los servicios de orden y seguridad en los establecimientos carcelarios."

"Artículo 13. Sub-oficiales. Son Sub-oficiales, los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, preparados y capacitados para colaborar en las tareas asignadas a los Oficiales, en los servicios de orden, seguridad y administración."

"Artículo 14. Guardianes de primera clase. Son guardianes de primera clase, los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, que además de haber aprobado el curso respectivo, acrediten título de idoneidad en arte, oficio o en estudios superiores. Los guardianes de primera clase podrán ejercer las funciones de instructores y vigilantes."

“Artículo 15. Guardianes de segunda clase. Son guardianes de segunda clase, los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, que no reuniendo los requisitos de que trata el artículo anterior, ejerzan solamente funciones de vigilancia.”

En lo referente a la pensión de jubilación, el artículo 96 de la citada Ley señaló que *“Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad.”*

Posteriormente, se expidió la Ley 100 de 1993, que en su artículo 140 consagró que el Gobierno Nacional en cumplimiento de la Ley 4ª de 1992, debía expedir un régimen para los empleados públicos que laboran en actividades de alto riesgo, dentro de las cuales se encuentran las desempeñadas por el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria.

Por lo tanto, el Gobierno Nacional promulgó el Decreto 407 del 20 de febrero de 1994 *“Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.”*, que en su artículo 168 contempló que los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional que se encuentren vinculados a la fecha de vigencia de este Decreto tendrán derecho a gozar del régimen pensional contemplado por la Ley 32 de 1986.

No obstante, la anterior disposición fue derogada por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, el cual en su artículo 2º, señaló que se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las desempeñadas entre otras en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, por parte del *“personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.”*

De otro lado, en lo atinente a la pensión de vejez, consagró:

“Artículo 3º. Pensiones especiales de vejez. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán

derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.”

“Artículo 4º. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.
La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.”

Por su parte, el artículo 6º del citado Decreto, consagra un régimen de transición para los empleados que desarrollan actividades de alto riesgo, según el cual:

“Artículo 6º. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”

Del precedente normativo, se colige que la actividad desempeñada por los empleados dedicados a la custodia y vigilancia de internos en centros carcelarios del INPEC, tiene el carácter de alto riesgo, por ende, los cobija el régimen pensional establecido en el Decreto 2090 de 2003, según el cual, quienes a 28 de julio de 2003 hubieren cotizado al menos 500 semanas, tendrán derecho a que una vez cumplidas 1000 semanas cotizadas³, la pensión de jubilación les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, esto es, la Ley 32 de 1986.

La anterior disposición, fue plasmada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política entre otros, respecto al régimen especial del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, al señalar:

“(…)

³ Artículo 9º de la Ley 797 de 2003. “(…)2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo”.

*Parágrafo transitorio 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.
(...)"*

Se estableció entonces por disposición Constitucional, que los miembros de custodia y vigilancia del INPEC, que hayan ingresado con anterioridad al 26 de julio de 2003 (entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003) se les aplicará para el régimen pensional las disposiciones contenidas en la Ley 32 de 1986.

Por las consideraciones expuestas en precedencia, a las pensiones del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC beneficiarios de la Ley 32 de 1986, se les debe aplicar una tasa de remplazo del 75% sobre el promedio de los devengado por el servidor en el último año de prestación de servicios de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966⁴.

- De los factores salariales

En lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, se precisa que la Ley 32 de 1986, en su artículo 114 estipuló la aplicación de las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, en los casos no previstos por esta norma o en sus decretos reglamentarios.

Así las cosas, la norma en cita refiere a que la liquidación pensional debe efectuarse con la inclusión de los factores contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, según el cual:

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;

⁴ “A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.**

Ahora, el Consejo de Estado–Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio frente a la liquidación de las pensiones reconocidas bajo las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, indicando que se deberán tener en cuenta todos los factores salariales devengados de manera habitual y periódica por el trabajador durante su último año de prestación de servicios, de la siguiente manera:

*(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, **es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.***

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dió dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)**⁵ (Negrillas y subrayado fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón⁶, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos

⁵ Ibidem.

⁶ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Jorge Enrique Buitrago Guzmán, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 326640 del 30 de noviembre de 2013, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez al actor; la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 278551 del 11 de septiembre de 2015 y GNR 85196 del 18 de marzo de 2016, por las cuales se negó la reliquidación pensional y se resolvió un recurso de reposición, respectivamente; y la nulidad del acto ficto o presunto que surgió del recurso de apelación interpuesto el 2 de octubre de 2015.

Para establecer si el demandante tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar que el actor prestó sus servicios en el cargo de Dragoneante código 4114 grado 11 asignado al Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá D.C., desde el 28 de febrero de 1992, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, tal como se evidencia en la certificación expedida por la Subdirectora de Talento Humano del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, obrante a folio 36 del expediente, circunstancia que lo hace beneficiario del régimen de transición establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, para este tipo de funcionarios.

Conforme a lo expuesto, se anota que el régimen aplicable al actor es el establecido en la Ley 32 de 1986, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, que establece el derecho a una pensión mensual vitalicia de vejez de acuerdo con la normas legales sobre la materia, que al respecto es lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1996, según la cual, *“A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”*

En virtud de lo antepuesto, la liquidación pensional en el asunto de la referencia debe ser liquidada con base en el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, que en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Estado, son todas aquellas sumas que habitual y periódicamente percibe el trabajador como contraprestación de sus servicios.

Sin embargo, el Despacho advierte que la entidad demandada al reconocer la pensión de vejez del actor aplicó la Ley 32 de 1986, en lo que refiere a edad y tiempo de servicios, dejando de lado el ingreso base de liquidación, pues este lo aplicó en los términos dispuestos en la Ley 100 de 1993, con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios, con la inclusión de los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, hecho que da a concluir que el régimen del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC no fue aplicado en su integridad, de conformidad a lo dispuesto por mandato constitucional contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005 (Fls. 20 vuelto).

Así las cosas, de conformidad a las certificaciones expedidas por la Subdirectora de Talento Humano del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC (Fl. 36), el señor Jorge Enrique Buitrago Guzmán laboró en el Complejo Carcelario Penitenciario Metropolitano de Bogotá D.C., a partir del 28 de febrero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2013, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2013.

Ahora, el Despacho evidencia que de conformidad a la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Tesorería del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC (Fl. 35), el actor percibió para el periodo referido: asignación básica mensual, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

De los anteriores factores, tal como se desprende de las Resolución No. GNR 85196 del 18 de marzo de 2016 (Fls. 30 a 32), la entidad demandada al liquidar la pensión de vejez de la parte actora reconoció los que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, a saber: asignación básica mensual, quedando pendientes de reconocer los denominados: **prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad**

familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

En consideración a los conceptos no reconocidos por la entidad en la liquidación pensional de la parte actora, se hace necesario citar el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, que refiere a la bonificación por recreación, según el cual:

“ARTÍCULO 15. BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.” (Negrilla del Despacho).

Del precedente normativo se colige que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para ningún efecto legal, razón por la cual, no hay lugar a tal reconocimiento.

Ahora bien, previo a decidir si hay lugar a acceder a las pretensiones del actor, es menester precisar si en el asunto de la referencia surgió el acto ficto o presunto por el silencio de la administración, para lo cual se reitera que respecto de los recursos el artículo 86 del CPACA señaló que se configura pasados 2 meses desde su interposición.

Igualmente, la mentada regulación consagró que la entidad no se exime del deber de resolverlo, salvo que se haya notificado del auto admisorio de la demanda radicada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así las cosas, descendiendo al caso concreto se encuentra demostrado que a folio 22 del plenario obra constancia de radicación del recurso de apelación interpuesto en subsidio del de reposición ante la Administradora el 2 de octubre de 2015 y a folios 30 a 32 del expediente obra la Resolución No. GNR 85196 del 18 de marzo de 2016, mediante la cual la entidad demandada resolvió el recurso de reposición.

No obstante, no se evidencia con las documentales obrantes en el expediente acto administrativo que haya resuelto el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. GNR 278551 del 11 de septiembre de 2015, por ser obligatorio para

acceder a la jurisdicción de conformidad a lo dispuesto en el artículo 76 del CPACA, razón por la cual, se configuró el silencio de la administración.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad del acto ficto o presunto que surgió por la falta de respuesta al recurso interpuesto el 2 de octubre de 2015.

Igualmente, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 326640 del 30 de noviembre de 2013, mediante la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez al actor y la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 278551 del 11 de septiembre de 2015 y GNR 85196 del 18 de marzo de 2016, por las cuales se negó el reajuste de la pensión que devenga el actor y se resolvió un recurso de reposición, respectivamente.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, reliquidar la pensión del señor Jorge Enrique Buitrago Guzmán, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, a saber: **prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, la doceava parte de la prima de vacaciones, la doceava parte de la prima de navidad y la doceava parte de la prima de servicios**, además de la ya reconocida asignación básica mensual.

Se advierte que la reliquidación ordenada se efectuará sobre el 75% del salario devengado en el último año de servicios, en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

En ese orden de ideas, es importante resaltar que el reajuste de la pensión del señor Jorge Enrique Buitrago Guzmán se ordenó teniendo en cuenta que los ingresos percibidos en el último año de servicios no han sido aumentados de manera significativa, pues los mismos corresponden a la realidad y los ha devengado de manera habitual y periódica, respetando además los principios consagrados en la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad, como son entre otros, el de favorabilidad e indubio pro operario, siendo aplicables de conformidad a lo dispuesto en el artículo el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud del principio pro homine.

Cualquier interpretación legislativa y/o judicial que esté en contravía del principio pro homine en sus múltiples aplicaciones y en especial sobre el tema bajo estudio estaría en contra del principio de progresividad y no regresividad en materia laboral consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 del PIDESC y el inciso 8º del artículo 19 de la Constitución de la OIT.

Además se atendieron las disposiciones legales, lo que hace que tal reconocimiento sea compatible con el ordenamiento jurídico, sin que de lugar a vulneración alguna de las disposiciones contenidas en la Constitución Política ni que se incurra en abuso del derecho, pues no es arbitrario ni desproporcional acceder a la prestación reclamada.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia propuesta por la parte demandada, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora presentó solicitud de reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios el 16 de junio de 2014 y que el medio de control fue presentado el 4 de agosto de 2017, encontrándose superado el término de 3 años, razón por la cual, se tendrá en cuenta para efectos de contar la prescripción de las mesadas la fecha de presentación de la demanda, concluyéndose que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas con anterioridad al 4 de agosto de 2014.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al

consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Finalmente, respecto de los descuentos por aportes pensionales del factor salarial reconocido en la sentencia y sobre el cual no se efectuaron cotizaciones al sistema de pensiones, el Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, en concepto del 4 de diciembre de dos mil catorce (2014), expediente número: 11001-03-06-000-2014-00057-00, señaló lo siguiente:

"(...)

En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de prescripción⁷, igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.

*Por lo tanto, para la Sala es claro que **una vez adquirido el derecho de pensión y reconocida la prestación, los dos extremos de la relación jurídica, administración y pensionado, deben recibir igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras se sanciona con la prescripción al pensionado de sus mesadas pensionales cuando este no reclama a tiempo sus derechos, los cobros a favor de las entidades administradoras de pensiones deban forzosamente permanecer libres de la prescripción. Si se exige al pensionado ejercer su derecho en determinado tiempo so pena de perderlo por prescripción, principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, la administración ajuste su propio comportamiento a las exigencias que se formula a los particulares, así el propósito de la administración busque contribuir a obtener recursos para financiar el mayor valor reliquidado.***(...)

(...)

En gracia de discusión, aún si existiera duda sobre qué término de prescripción debe aplicarse, se tendría que recurrir al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional (artículo 53), principio que además tiene respaldo en la doctrina y la jurisprudencia laboral y de la seguridad social(...).

Lo anteriormente explicado debe entenderse en el sentido de que aquellas personas que solicitan la extensión unificada de la jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya cumplieron los requisitos para la pensión y la hicieron exigible.

(...)

La Sala advierte que, así como para la liquidación y reliquidación de las pensiones se atiende al fenómeno inflacionario, para el caso del valor de las cotizaciones que no realizó el trabajador sobre factores salariales que efectivamente se tuvieron en cuenta para la pensión, las deducciones a que haya lugar deben ser actualizadas y

⁷ Al respecto en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicación 2088 del 22 de octubre de 2009 se advierte que: "El derecho al reconocimiento o reajuste pensional no prescribe; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reajuste ordenado."

*evitar que el sistema de seguridad social tenga que asumir el pago de valores actualizados con sumas empobrecidas. (...)
(...)” (Negrillas fuera de texto)*

Se establece entonces que los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión tienen la naturaleza de ser una obligación periódica que constituyen un derecho crediticio en favor de la administradora de pensiones a partir del momento en que adquirió su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad⁸ deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada desde la fecha en que se hizo el reclamo de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la entidad.

Pues tal como lo advirtió la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el referido concepto, no es posible efectuar el descuento de los factores salariales reconocidos con la reliquidación pensional sobre toda la vida laboral, teniendo en cuenta que no existe la certeza de que los haya devengado en esa época, de lo contrario resultaría desproporcional y desconocería la igualdad de cargas que le asisten tanto al empleado como a la entidad empleadora. Para el efecto discurrió:

“(…) Valga decir que dadas las características del régimen de prima media con prestación definida, antes de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, el monto de la pensión calculado sobre el ingreso base de liquidación no siempre coincidía con las cotizaciones efectuadas por el trabajador durante su vida laboral. El antiguo sistema partía del supuesto de que la pensión se obtenía en función del cumplimiento de unos requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas, no en la capitalización de las cotizaciones. Justamente la casi nula vinculación entre los beneficios del régimen y la tasa de cotización efectiva fue una de las razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados. (...)

*De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibidos en el último año de servicios, **la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse “con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios” en los que efectivamente los haya devengado.***

⁸ Principios desarrollados por la Corte Constitucional en sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras y por el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos Nos. 923 del 27 de noviembre de 1996, 1480 del 8 de mayo de 2003, 1901 del 17 de julio de 2008.

*Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.
(...)”. (Negritas fuera de texto).*

Así las cosas, en atención a los fundamentos señalados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en providencias ya referidas, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, en los mismos términos aplicados con anterioridad a las mesadas pensionales reliquidadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto o presunto consolidado por el silencio de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES respecto del recurso de apelación interpuesto el 2 de octubre de 2015.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial del acto ficto o presunto consolidado por el silencio de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES respecto del recurso de apelación interpuesto el 2 de octubre de 2015.

TERCERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 326640 del 30 de noviembre de 2013 y la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 278551 del 11 de

septiembre de 2015 y GNR 85196 del 18 de marzo de 2016, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES.

CUARTO: Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 4 de agosto de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del señor Jorge Enrique Buitrago Guzmán, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.127.036 de Villa de Leiva (Boyacá), con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio, esto es, periodo comprendido entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, a saber: además de la asignación básica ya reconocida, los siguientes: **prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, la doceava parte de la prima de vacaciones, la doceava parte de la prima de navidad y la doceava parte de la prima de servicios, a partir del 4 de agosto de 2014, por prescripción trienal, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.**

SEXTO: Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

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

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

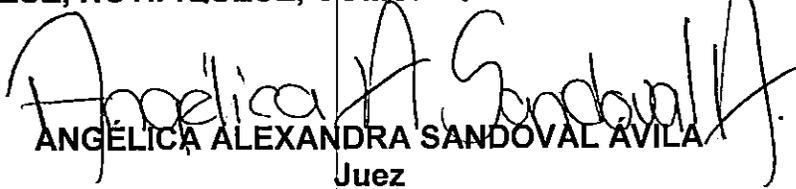
SÉPTIMO: Sin lugar a condena en costas.

OCTAVO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 23 de mayo de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>32</u>.</p> <p> _____ DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--