



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

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 110013342-052-2017-00449-00
Demandante: ESTHER JULIA CIFUENTES DE DÍAZ
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR.
Vinculada: EMÉRITA ALZÁTE LÓPEZ.
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia - SUSTITUCIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentado por la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR.

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 Esther Julia Cifuentes de Díaz, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4048 del 12 de julio de 2017, mediante la cual la entidad demandada suspendió el trámite de sustitución de la asignación de retiro a favor de la actora.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR, a:

Reconocer y pagar la sustitución de la asignación de retiro a favor de la actora, en su calidad de beneficiaria del señor Ángel Roberto Díaz Ramos (Q.E.P.D.), efectiva a partir del 19 de enero de 2017.

Que las sumas que resulten del anterior reconocimiento sean indexadas con los reajustes de ley, desde la fecha en que falleció el titular de la prestación hasta el día en que se efectúe el pago en los términos de la sentencia judicial.

Cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 81-82):

Mediante la Resolución No. 3288 del 24 de agosto de 1984, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del señor Ángel Roberto Díaz Ramos en cuantía equivalente a un 95%.

La señora Esther Julia Cifuentes de Díaz contrajo matrimonio católico con el señor Roberto Díaz el 1º de abril de 1963.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional expidió la Resolución No. 1182 de mayo de 1985, por medio de la cual liquidó la partida computable del subsidio familiar en un 30 %, a causa de la dependencia económica de la señora Esther Julia Cifuentes.

El señor Ángel Roberto Díaz Ramos falleció el 19 de enero de 2017.

La demandante presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 25 de enero de 2017, mediante el cual solicitó a CASUR el reconocimiento y pago de una sustitución de la asignación de retiro.

La señora Cifuentes compartió su vida familiar con el señor Ángel Roberto Díaz Ramos.

El causante estableció como beneficiarios del auxilio mutuo a la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz, a sus hijas: Gloria Inés Díaz Cifuentes y Martha Inés Díaz Cifuentes y a su nieta Vivian Johana Díaz Hernández.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita la Constitución Nacional, el Decreto 1212 de 1990, la Ley 923 de 2004, su Decreto Reglamentario 4433 de 2004, demás normas concordantes y la jurisprudencia aplicable a los asuntos pensionales.

Indicó que el acto administrativo atacado con el presente medio de control vulnera la constitución y la Ley, debido a que concurren los cargos que a continuación se mencionan:

-Desviación de poder: teniendo en cuenta que la entidad demandada se abstiene de pronunciarse respecto a las pruebas testimoniales aportadas y rendidas ante notario público, mediante las cuales indican que la señora Julia Esther Cifuentes y el señor Ángel Roberto Díaz Ramos compartieron techo, lecho y mesa por más de 54 años.

-Falsa motivación: Al señalar que: (i) celebraron matrimonio católico; (ii) convivieron más de 54 años; (iii) en la hoja de servicios la entidad demandada liquidó la partida computable del subsidio familiar en un 30%, debido a la dependencia económica; (iv) la Policía Nacional canceló auxilio mutuo a la demandante, por encontrarse registrada para recibirlo y (i) la actora no cuenta con afiliación al sistema de seguridad social.

-Expedición irregular del acto: Por considerar que la entidad expidió el acto demandado en forma contraria a los postulados de imparcialidad, publicidad y eficacia, puesto que se vulneró el artículo 42 Constitucional que refiere a la protección integral de la familia, además de que la actora no devenga algún salario, no cuenta con afiliación al sistema pensional, no tiene capacidad para trabajar por tener a la fecha de presentación de la demanda 83 años de edad y es paciente dependiente de oxígeno.

-Violación directa de la Ley: Al afirmar que la actora de conformidad a los postulados legales que aplican al asunto en concreto tiene derecho al reconocimiento de la

sustitución de la asignación de retiro, toda vez que convivió con el causante en los últimos 5 años, compartiendo techo, lecho y mesa.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 103 a 106).

La apoderada de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR, 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 en síntesis que la demandante pese a contraer matrimonio con el causante, no logró acreditar la convivencia y que posteriormente, la señora Emérita Alzate López reclamó ante la entidad que representa el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro en su calidad de compañera permanente, sin que acreditara su convivencia con el señor Díaz, por lo tanto, se dejó en suspenso la sustitución de la prestación reclamada.

De otro lado, realizada la notificación personal de la tercera interesada en los resultados del proceso (Fls.116), la señora Emérita Alzáte López se abstuvo de contestar la demanda y proponer reconvención en los términos de los artículos 175 y 177 del CPACA.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Por medio de auto del 6 de febrero de 2019 (Fl. 181) se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.

Conforme lo anterior, el apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional radicó escrito en la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá el 18 de febrero de 2019 (Fls.183-185), por medio del cual manifestó que no se desconoció derecho alguno a la demandante, teniendo en cuenta que no acreditó la convivencia con el causante por los últimos 5 años previos al fallecimiento, como tampoco lo hizo la señora Emérita Alzate López, por lo tanto, se encuentra ajustado a derecho el acto por medio del cual se dejó en suspenso el reconocimiento de la sustitución pensional y que es objeto de control judicial en el asunto de la referencia.

Por su parte, la apoderada de la parte actora mediante escrito del 19 de febrero de 2019 (Fls.186-190) se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, resaltando que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, en calidad de beneficiaria del señor Díaz.

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 9 de octubre del año 2018 (Fls.133-136), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho o no a la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de sobrevivientes, en su calidad de beneficiaria del señor Ángel Roberto Díaz Ramos (Q.E.P.D.)?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de registro civil de matrimonio en el que consta que la señora Esther Julia Cifuentes contrajo matrimonio católico con el señor Ángel Roberto Díaz el 1º de abril de 1963 (Fl.8).

2.2. Copia simple de la Hoja de Servicios del señor Díaz expedida el 9 de octubre de 1984, en la cual consta la información personal y familiar (Fls.11-12).

2.3. Copia simple de certificado de ingresos y retenciones del señor Díaz en la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, correspondiente al año gravable 2006 (Fl.32).

2.4. Copia simple de certificado de tradición y libertad de inmueble propiedad del señor Ángel Roberto Díaz Ramos impreso el 27 de mayo de 2008 (Fl.29).

2.5. Copia simple de impuesto predial unificado del inmueble propiedad del señor Díaz, correspondiente a los años gravables 2009, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 (Fl.24-28).

2.6. Copia simple de Oficio No. 147633 del 10 de octubre de 2012, por medio del cual Caprovimpo le informa al señor Díaz su situación financiera con la entidad (Fl.30).

2.7. Copia simple de certificación expedida por Caprovimpo el 10 de octubre de 2012, respecto a la concesión de un préstamo al señor Díaz (Fl.31).

2.8. Copia simple de extracto de cuenta del señor Díaz en el Banco Popular del mes de noviembre de 2012 (Fls.20-21).

2.9. Copia simple de certificado de traspaso de propiedad del vehículo propiedad del señor Díaz a personas indeterminadas, expedido por el Ministerio de Transporte el 11 de junio de 2013 (Fl.13).

2.10. Copia simple de declaración de renta del señor Díaz correspondiente al año gravable 2014 (Fl.23).

2.11. Copia simple de certificado de ingresos y retenciones del señor Díaz en la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, correspondiente al año gravable 2015 (Fl.14).

2.12. Copia simple de extractos del producto del señor Díaz que adquirió con el Banco Falabella, correspondiente a los meses de mayo y junio de 2015 y diciembre del 2016 (Fls.17-19).

2.13. Copia simple de extracto de cuenta del señor Díaz en el Banco Popular del mes de mayo de 2016 (Fl.22).

- 2.14. Copia simple de extracto de historia clínica del señor Díaz expedida por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional (Fls.33-42).
- 2.15. Copia simple del registro civil de defunción del señor Ángel Roberto Díaz Ramos, que indica como fecha de defunción el 19 de enero de 2017 (Fl.7).
- 2.16. Copia simple de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 25 de enero de 2017, por medio del cual la señora Cifuentes solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR el reconocimiento y pago de una sustitución de la asignación de retiro, en calidad de beneficiaria del señor Díaz (Q.E.P.D.) (Fl.6).
- 2.17. Impresión de comprobante de orden de pago presupuestal de gastos en favor de la señora Esther Julia Cifuentes del 24 de abril de 2017 (Fls.15-16).
- 2.18. Copia simple de la Resolución No. 4048 del 17 de julio de 2017, por medio del cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional dejó en suspenso el trámite de la sustitución de la asignación mensual de retiro en favor de las señoras Esther Julia Cifuentes de Díaz, en calidad de cónyuge y de la señora Emérita Alzate de López, en calidad de compañera permanente (Fls.3-5).
- 2.19. Impresión de fotografías aportadas por la parte actora, mediante las cuales pretende demostrar la convivencia con el señor Díaz (Fls.43-79).
- 2.20. Copia simple del carné No. 300646625 de la señora Cifuentes, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional en calidad de beneficiaria del señor Díaz (Fl.10).
- 2.21. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz (Fl.9).
- 2.22. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos del señor Ángel Roberto Díaz Ramos (Fl.111).

2.23. Copia auténtica del registrado civil de defunción de la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz, mediante el cual se indica que falleció el 12 de junio de 2018 (Fl.122).

- PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaraciones rendidas el 6 de noviembre de 2018, por las personas Rosa Elena Vela de García, Roberto García Rojas, Omaidá Pinto de Novoa, Graciela Inés López Leal, Mariela Muñoz Flórez, Luz Mery Hernández, Jesús Antonio Mancera Parrado y Emérita Álzate López (Fls.146-155), las cuales se encuentran en medio magnético obrante a folio 178 del expediente.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Sea lo primero señalar que en el caso de autos se reclama la sustitución de asignación de retiro de un miembro de la Policía Nacional y, en consecuencia se está en presencia de un régimen especial, exceptuado de la Ley 100 de 1993, conforme al artículo 279 de dicha normatividad, que a la letra reza:

*"ARTICULO 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".*

Ahora bien, la normatividad que rige el asunto en debate es el Decreto 4433 de 2004 "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública" teniendo en cuenta tanto la fecha de fallecimiento del señor ÁNGEL ROBERTO DÍAZ RAMOS ocurrida el 19 de enero de 2017, así como la fecha de expedición del acto administrativo cuya nulidad se solicita de fecha 12 de julio de 2017.

Lo anterior, como quiera que el artículo 1º del Decreto en mención dispone:

*"ARTICULO 1o. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, **Suboficiales**, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la **Policía Nacional**, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía*

Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto”.

En relación con el régimen de sustitución de la asignación de retiro o pensión el artículo 40 *ibidem* señala:

*“ARTÍCULO 40. SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO O DE LA PENSIÓN. A la muerte de un Oficial, **Suboficial**, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, **en goce de asignación de retiro** o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo **11** del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante”.*
(Negrilla fuera de texto)

El citado artículo 11 es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 11. ORDEN DE BENEFICIARIOS DE PENSIONES POR MUERTE EN SERVICIO ACTIVO. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.

11.5 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de dieciocho (18) años o inválidos. La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de este artículo el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil, y la calificación de la invalidez de los beneficiarios, será acreditada con fundamento en las normas del Sistema de

Seguridad Social Integral que regulan lo concerniente a la determinación de dicho estado.

PARÁGRAFO 2o. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañera o compañero permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;

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

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

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

Conforme a la preceptiva transcrita, la legitimación para sustituir la asignación de retiro radica tanto en el cónyuge supérstite, como en la compañera permanente, situación que vino a resolver la inequidad planteada en los decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, que no incluían a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, en abierta contradicción con lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social la familia constituida por vínculos naturales.

En este sentido, en reiteradas oportunidades el Honorable Consejo de Estado, entre otras, en sentencia del 25 de julio de 2013, Consejera Ponente Dr. Bertha Lucia

Ramírez de Páez, expediente No. 17001-23-31-000-2007-00006-02(2217-12), en la cual señaló:

"De acuerdo con la normativa transcrita la legitimación para sustituir la asignación de retiro radica en la cónyuge superviviente; sin embargo, como ya lo ha precisado la Sala, la aplicación e interpretación de dicha normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales.

Lo antes dicho porque las normas del Ejército y Fuerzas Militares no incluían a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, no obstante, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en el artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho.

Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional, quien tiene los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge superviviente.

Al respecto es pertinente indicar que existían disposiciones de alcance general que reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, tal como aparece en las Leyes 12 de 1975 (artículo 1), 113 de 1985 (artículo 2), 71 de 1988 (artículo 3) y 100 de 1993 (artículo 47) y que, estos desarrollos normativos permitían advertir una tendencia muy clara del derecho Colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes.

La Sala ha acogido los criterios de equidad, prevalencia del elemento material de convivencia y amparo de la familia para definir asuntos como el aquí planteado, en los siguientes términos:

"(...) 5.4. La sustitución de la asignación de retiro en el régimen prestacional de la Policía Nacional

Si bien el artículo 132 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, no incluía a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, introdujo un cambio significativo en la forma como debe darse aplicación al artículo 132.

Este cambio consiste en que debe reconocerse a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional. Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge superviviente, posición que fue afirmada por los desarrollos normativos ulteriores en materia de régimen de personal de la Policía Nacional.

En este sentido puede verse el artículo 110 del Decreto 1029 de 1994, por el cual se expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que, en lo pertinente, dice:

"Art. 110 Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por:

Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos, siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo.

Art. 111 Reconocimiento derechos prestacionales. A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos ley números 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto.”

*Si bien el Decreto 1029 de 1994, que reconoce a la familia de hecho, puede aplicarse, en principio, sólo al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el artículo 111 de esta misma disposición extendió los alcances del concepto de familia de hecho a todos los miembros de la institución armada referida, lo cual constituye una determinación que respalda el derecho de los compañeros permanentes para reclamar la sustitución pensional. (...).”
(Citas suprimidas del texto original)*

Bajo el anterior criterio jurisprudencial, es claro que los derechos de la seguridad social comprenden a cónyuges y compañeros permanentes en las mismas condiciones de igualdad, porque siendo la familia el interés jurídico a proteger no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quien tiene derecho a este beneficio.

Ahora bien, ha sostenido nuestra jurisprudencia constitucional y administrativa que “(...) el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto a su cónyuge o a su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho (...)”¹.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-431 de 2011², fue clara en señalar:

“(...) La Corte en sentencia T-660 del 11 de noviembre 1998, se pronunció al respecto de la siguiente manera:

“En lo que respecta específicamente a la sustitución pensional entre compañeros permanentes, es importante reconocer que la Constitución Política le ha

¹ Sentencia de 19 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Dr Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente T-2.908.702, Accionante: Abicina LLanes Benitez, Accionado: Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- administrado por el Patrimonio Autónomo BUENFUTURO.

² Ibidem.

reconocido un valor significativo y profundo a la convivencia, al apoyo mutuo y a la vida en común, privilegiándola incluso frente a los rigorismos meramente formales. En ese orden de ideas, es posible que en materia de sustitución pensional prevalezca el derecho de la compañera o compañero permanente en relación al derecho de la esposa o esposo, cuando se compruebe que el segundo vínculo carece de las características propias de una verdadera vida de casados, -vg. convivencia, apoyo y soporte mutuo-, y se hayan dado los requisitos legales para suponer válidamente que la real convivencia y comunidad familiar se dio entre la compañera permanente y el beneficiario de la pensión en los años anteriores a la muerte de aquel. En el mismo sentido, si quien alega ser compañera (o) permanente no puede probar la convivencia bajo un mismo techo y una vida de socorro y apoyo mutuo de carácter exclusivo con su pareja, por dos años mínimo, carece de los fundamentos que permiten presumir los elementos que constituyen un núcleo familiar, que es el sustentado y protegido por la Constitución. Es por ello que no pueden alegar su condición de compañeras o compañeros, quienes no comprueben una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, -distinta por supuesto de una relación fugaz y pasajera-, en la que la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación, y permitan que bajo un mismo techo se consolide un hogar y se busque la singularidad, producto de la exclusividad que se espera y se genera de la pretensión voluntaria de crear una familia.” [34]

En ese caso, se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado.

(...)” (Negrillas fuera de texto).

Vale precisar que no obstante lo antes mencionado, la norma también contempla una hipótesis de determinación de la calidad del beneficiario de la sustitución, en la que aun no existiendo convivencia simultánea, si la unión conyugal permanece vigente pero con separación de hecho la compañera (o) y el (la) cónyuge podrán reclamar una cuota parte en proporción al tiempo convivido con el causante. Así lo recordó la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 6 de diciembre de 2018 emitida por Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas dentro del proceso con radicación número: 08001-23-31-000-2010-00983-01(3178-15), al señalar:

“(...) Bajo los anteriores supuestos, se evaluará si las pruebas aportadas permiten concluir que entre la señora Cecilia del Socorro Sierra de Barragán y el señor Arturo José Barragán Julio existía convivencia, solidaridad y apoyo mutuo, que permitan conceder a favor de ella, el derecho pretendido, no sin antes advertir que la Corte Constitucional, incluso, ha considerado que, en casos de sociedad conyugal no disuelta y de que no se demuestre la convivencia durante los últimos años, también procede el reconocimiento a la sustitución pensional, de acuerdo al tiempo convivido³.

52. A partir de la jurisprudencia constitucional precitada, es posible concluir, primero, que se encuentra justificado, en el caso de simultaneidad de

³ Corte Constitucional, sentencia T-164 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

reclamaciones por parte de un compañero permanente y un cónyuge que no convivió los últimos años con el causante, pero con quien existe una sociedad anterior conyugal no disuelta, que se proceda al reconocimiento de la pensión, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido [...]

(...)

Adicionalmente, y para abundar en argumentos que demuestran la solidaridad que se predicaba entre el causante y la aquí demandante, obra prueba en el expediente de que este la tenía afiliada como su beneficiaria en salud⁴, hecho que constituye un elemento adicional del cual se deriva el apoyo que le brindaba.

(...)"

- CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz (Q.E.P.D.), en escrito de demanda a través de apoderado judicial, solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4048 del 12 de julio de 2017, por medio de la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional dejó en suspenso una sustitución de asignación de retiro, en calidad de cónyuge superviviente del señor Ángel Roberto Díaz Ramos (Q.E.P.D.).

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho solicitó el reconocimiento y pago de una sustitución de la asignación de retiro del señor Ángel Roberto Díaz de Ramos (Q.E.P.D.), en su calidad de cónyuge superviviente.

La apoderada de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR, en la contestación de la demanda y en el escrito de alegatos de conclusión afirmó que el acto acusado se encuentra ajustado a derecho en consideración a que no se logró demostrar los 5 años de convivencia previos al fallecimiento del señor Díaz, requisito exigido por la normatividad aplicable al asunto de la referencia.

En este sentido, corresponde al Despacho establecer en cuál de los supuestos señalados en el literal b) del párrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 queda comprendida la situación de la señora ESTHER JULIA CIFUENTES DE DÍAZ (Q.E.P.D.), en calidad de cónyuge superviviente del señor ÁNGEL ROBERTO DÍAZ RAMOS (Q.E.P.D.), con el fin de determinar si en efecto es la persona legitimada para obtener el beneficio de la sustitución de la asignación de retiro.

⁴ Según oficio que obra en folio 28.

Así las cosas, no se puede pasar por alto que de conformidad a las pruebas obrantes en el expediente la señora EMÉRITA ALZÁTE LÓPEZ, parte vinculada al presente asunto, peticionó el reconocimiento de la sustitución en su calidad de compañera permanente del causante ante la entidad demandada, por lo tanto, se hace necesario estudiar si también le asiste derecho al reconocimiento de la sustitución, efecto para el cual el porcentaje que hubiere lugar a reconocer se dejará en suspenso en caso de encontrarse demostrados los supuestos del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Pues se reitera, que dentro del presente asunto pese a otorgársele los términos legales una vez se efectuó su notificación personal (Fl.116), se abstuvo de contestar la demanda y de proponer reconvenición de conformidad a lo previsto en los artículos 175 y 177 del CPACA, ejerciendo de esta manera su derecho de acceder a la administración de justicia.

Comprobación de vida marital y convivencia no menor a 5 años con anterioridad a la muerte del causante.

Para acreditar la convivencia del causante con la cónyuge supérstite ESTHER JULIA CIFUENTES DE DÍAZ (Q.E.P.D.), se receptionaron declaraciones en audiencia de testimonios e interrogatorio de parte adelantada el 6 de noviembre de 2018 (Fls.146-155), de los cuales se destaca:

- TESTIMONIALES:

- ROSA ELENA VEA DE GARCÍA: Señaló que siempre los veía juntos y que la señora Cifuentes dependía económicamente del señor Díaz.
- ROBERTO GARCÍA ROJAS: Afirmó que conoció al señor Ángel Roberto Díaz y a la esposa hace 38 años, siendo la señora Esther Julia Cifuentes, quienes convivieron en el Conjunto donde el reside.
- OMAIDA PINTO DE NOVOA: Manifestó que conoció al señor Díaz hace aproximadamente 40 años, quien fue el esposo de la señora Esther Julia Cifuentes, relación de la cual procrearon 6 hijos y que el causante siempre estuvo presente en el hogar debido a que fueron vecinos.

- GRACIELA INÉS LÓPEZ LEAL: Indicó que conoció al señor Díaz por aproximadamente 29 años, siendo su esposa la señora Esther Julia Cifuentes, quien se dedicaba al hogar.
- MARIELA MUÑOZ FLÓREZ: Reveló que conoció al señor Díaz por aproximadamente 50 años, que tenía una relación con alguien diferente a la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz, que advirtió que el fallecido se ausentaba del hogar debido a que ella vivió en la casa con un hijo de la pareja desde 1981 hasta 1986, que por comentarios se enteró que de la relación alterna el señor Díaz tuvo 5 hijos, que tuvo conocimiento de que los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del señor Díaz, él estuvo compartiendo con otra señora diferente a la demandante, a quien conoció en el sepelio del causante y con los hijos producto de la relación extramatrimonial, que los últimos 5 años el señor Díaz compartió en el hogar con la señora Esther Julia Cifuentes.
- LUZ MERY HERNÁNDEZ: Arguyó que conoció al señor Roberto Díaz por aproximadamente 20 años, quien convivió con su esposa la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz, relación de la cual procrearon a 6 hijos, que la señora Cifuentes se dedicaba al hogar y quien lo sostenía económicamente era el señor Díaz, que el señor Díaz procreó hijos con una señora diferente a la señora Cifuentes.
- JESÚS ANTONIO MANCERA PARRADO: Adujo que conoció al señor Díaz desde cuando tenía 11 años y que a la fecha de la declaración tenía 53 años, que le consta la relación que tuvo con la señora Esther Julia Cifuentes, porque los veía en el conjunto residencial en consideración a que fueron vecinos.

- INTERROGATORIO DE PARTE A LA SEÑORA EMÉRITA ALZÁTE LÓPEZ.

PREGUNTADO: “¿Manifieste al Despacho hace cuantos años conoció al señor Ángel Roberto Díaz?”. RESPUESTA: “Hace más de 53 años”.

PREGUNTADO: “¿Manifieste al Despacho en qué circunstancias conoció al señor Ángel Roberto Díaz?”. RESPUESTA: “(...) Era que nosotros somos desplazados de la violencia (...), entonces a mi papá le arrendaron una finca que se llamaba Jiguales Jurisdicción del Darién Valle, allí fue en donde yo lo conocí a él (...), entonces ahí fue donde nos distinguimos y ahí fue donde empezamos a vivir juntos, hace más de 53 años.

De allí el yendo una vez de Jiguales al Darién porque él prestaba servicio por esa vereda, le salió un tipo por allá en el camino lo acechó (...) y él tuvo que hacer uso de su arma y darlo de baja a él, de allí del Darién lo llevaban en calidad de detenido a Buga, entonces yo me fui a Buga y en Buga le hicieron un traslado a Guacarí, de Guacarí nos fuimos a Cali, ahí vivimos un tiempo él prestando su servicio, vivimos un tiempito corto, nos fuimos a Cali y en Cali lo trasladaron a San Antonio (Valle), de San Antonio lo trasladaron a Santander de Quilichao donde nació mi primer hijo que tiene 52 años, de Santander de Quilichao estuvimos en Mondomo, de Mondomo estuvimos en El Palo, del Palo nos fuimos para Siberia que fue donde nació mi segundo hijo, de Siberia nos fuimos para Caldonó y en Caldonó lo trasladaron a él para Pueblo Nuevo y allí se vino e hizo una permuta aquí a Bogotá, para podernos venir para Bogotá vino a hacer una permuta aquí a Bogotá y por medio de una permuta fue que vinimos hace 47 años acá, 47 - 48 años aproximadamente y yo viví toda la vida con él".

PREGUNTADO: *"¿Manifieste al Despacho si usted sabía que el señor Ángel Roberto Díaz era casado y con quién?".* **RESPUESTA:** *"Si doctora (...), después que yo estuve con él me di cuenta que él era casado, pero sin embargo por la tradición de mi familia y todo eso y por respeto a ellos yo ya estaba viviendo con él y yo dije ya tengo que aguantarme porque yo no puedo ir a poner la cara donde mi familia (...), entonces yo continué viviendo con él sabiendo que él tenía su esposa y ella se dio cuenta también que me tenía a mí y ella consintió que me tuviera a mí y yo consentí que la tuviera a ella (...)"*

PREGUNTADO: *"¿Manifieste al Despacho si usted tenía conocimiento y cuantos hijos tuvo el señor Ángel Roberto Díaz con la señora Esther Julia?".* **RESPUESTA:** *"Pues cuando yo me di cuenta de que él era casado, la señora Esther Julia tenía a Amparo, a Roberto, a Martha y a Rocío y estando yo con Roberto, ya viviendo con él nació Wilmer (...) y después nació Gloria (...)"*

PREGUNTADO: *"¿Manifieste al Despacho usted dice que convivió con él más de 53 años de manera permanente, ininterrumpida y manifieste al Despacho en el folio 63 del expediente con fecha febrero 23 hay una comunicación del juzgado civil de menores sobre los alimentos que debe el señor Ángel Roberto, como explica usted señora Emérita si usted dice que convivió 53 años con él, porque lo demandó por*

alimentos para sus hijos?". RESPUESTA: "(...) porque él decía que yo ganaba más plata que él, porque yo cocía (...) y en vista de que a mí me quedaba muy duro para sostener los hijos en un colegio y todo eso y llevar lo que hacía falta, porque el siempre vio por mí, pero entonces eso no era suficiente, él siempre contaba con lo que yo ganaba también, decía que yo tenía más sueldo que él (...) y me tocó demandarlo en el juzgado de familia para que me pasara mensualmente (...), pero no fue por separación ni por nada porque yo continué siempre con él".

PREGUNTADO: "¿Manifieste al Despacho si usted alguna vez estuvo afiliada como compañera permanente en la seguridad social de la Policía o sus hijos estuvieron afiliados a la seguridad social de la Policía?". RESPUESTA: "Él nunca nos afilió a nada (...)".

PREGUNTADO: "¿Manifiéstele al Despacho si entre usted y el señor Ángel Roberto Díaz procrearon hijos en común?". RESPUESTA: "Si, hubieron 5 hijos (...)".

PREGUNTADO: "¿En qué lugar convivieron usted y don Ángel Roberto antes del fallecimiento del señor?". RESPUESTA: "En el Barrio Paris Gaitán, diagonal 87 B No. 77-25".

PREGUNTADO: "¿En qué lugar convivieron usted y don Ángel Roberto antes del fallecimiento del señor?". RESPUESTA: "En el Barrio Paris Gaitán, diagonal 87 B No. 77-25".

PREGUNTADO: "¿Recuérdeme en qué fecha es que usted dice que empezó a convivir con el señor Díaz?". RESPUESTA: "La fecha no se la puedo decir (...), pero si algo más de 53 años".

PREGUNTADO: "Tengo entendido que el señor Díaz los últimos meses de su padecimiento estuvo con la señora Cifuentes de Díaz entonces ¿cómo él se movilizaba a verse con usted si estaba en ese momento padeciendo una enfermedad?". RESPUESTA: "(...) La última vez que fue a mi casa fue por ahí a fines del mes de noviembre que yo iba hasta la portería de allá del apartamento donde vivía él y el bajaba con mucha dificultad y caminaba y yo lo llevaba en un carro a mi casa y

allá duraba 2 o 3 días y volvía otra vez y lo llevábamos allá, porque fue una relación consentida”.

PREGUNTADO: *“Así usted dice que convivió con el señor Díaz, incluso los 5 últimos años de la vida del señor hasta noviembre, que fue que le permitió por su enfermedad movilizarse del hogar que tenía con la señora Cifuentes de Díaz al hogar o a la casa que usted dice, donde compartía ¿es así?”.* RESPUESTA: *“(...) Sin embargo como él no podía venir, los hijos míos estaban pendientes allá (...).”.*

Como respaldo de sus declaraciones, aportó copias simples de fotografías las cuales obran a folios 156 a 177 del plenario.

Como puede verse, las manifestaciones de los testigos en cuanto a la convivencia del causante con la señora ESTHER JULIA CIFUENTES DE DÍAZ hasta el momento de su fallecimiento coinciden entre sí, circunstancia que en principio, debería conducir al Despacho a dar plena validez a tales declaraciones, accediendo en consecuencia a las súplicas de la demanda, máxime cuando obran las siguientes documentales en el expediente que permiten inferir la convivencia por más de 53 años, las cuales se pasan a citar:

- Copia simple del registro civil de matrimonio, según el cual el señor Ángel Roberto Díaz y la señora Julia Esther Cifuentes de Díaz contrajeron matrimonio católico el 1º de abril de 1963, tal como se evidencia a folio 8 del expediente sin que se encuentre la cesación de sus efectos civiles.
- Copia simple de carné de sanidad que da cuenta de la afiliación de la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz al Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional visto a folio 10 del plenario.

Así las cosas, apreciadas las declaraciones en conjunto así como las pruebas documentales aportadas y valoradas de acuerdo con la sana crítica, ofrecen credibilidad para el Despacho, que se encuentra demostrada la convivencia del causante con su cónyuge supérstite ESTHER JULIA CIFUENTES DE DÍAZ, por lo menos cincuenta tres (53) años anteriores a su fallecimiento.

De otra parte, no se puede perder de vista la declaración rendida por la señora EMÉRITA ALZÁTE LÓPEZ, de la cual se extrae que convivió de manera simultánea con el señor Díaz por más de 53 años anteriores a su fallecimiento en su calidad de compañera permanente, razón por la cual, hay lugar a tenerla en cuenta debido a que su versión es exacta y completa, explica circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y pese a que no existan pruebas que respalden sus manifestaciones en estrado judicial, este recinto no puede omitir el derecho que le corresponde, por lo que habrá de dejarse en suspenso, debido a que se abstuvo de ejercer su derecho en el presente asunto tal como se indicó con anterioridad.

Bajo la anterior perspectiva, se colige que la actora cumple con los requisitos de convivencia de más de 5 años inmediatos a la muerte, máxime cuando los hechos narrados, encuentran respaldo con las declaraciones referidas en precedencia.

Por tanto, atendiendo a la relación de convivencia que se logró establecer del acervo probatorio allegado al expediente entre la demandante ESTHER JULIA CIFUENTES (Q.E.P.D.) en su calidad de cónyuge superviviente y el señor ÁNGEL ROBERTO DÍAZ (Q.E.P.D.), se colige que ella se encuentra legitimada para ser reconocida como beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro objeto de litigio.

Respecto a la convivencia simultánea, para efectos de establecer el porcentaje de la prestación en caso de encontrarse demostrada, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, expediente No. 08001-23-31-000-2010-00983-01(3178-15), Actora: Cecilia del Socorro Sierra de Barragán, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y Ministerio de Defensa Nacional, en sentencia del 6 de diciembre de 2018, discurrió:

“(...) Adicionalmente, debe señalarse que esta Corporación⁵ ha mantenido una posición pacífica en la tesis según la cual, en casos de convivencia simultánea entre el causante y el (la) cónyuge y el (la) compañero (a) permanente, la prestación debe reconocerse a favor de ambos (as), en aplicación del principio de equidad. Tal planteamiento se ha expuesto en los siguientes términos:

Sin duda, y en esto insiste la Sala, si bien no se demostraron las condiciones particulares de la convivencia simultánea pues cada grupo de testigos sólo se refiere

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección Ba, sentencia del 20 de septiembre de 2007, radicación 76001 23 31 000 1999 01453 01, número interno: 2410-04, M.P. Jesús María Lemos Bustamante.

a una familia en particular y no puede el juez entrar a derivar supuestos que no se encuentran debidamente soportados en el expediente, es indiscutible que el agente compartía en vida sus ingresos y prodigaba manifestaciones de afecto, solidaridad y apoyo con quienes sus antiguos compañeros conocían como su esposa e hijos y con quienes los vecinos del corregimiento de Amaime, incluida la inspectora departamental, conocían como su compañera e hijo

Por estas razones, bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro. (Negrilla de la Sala). (...)

En ese sentido, en caso de encontrarse demostrada la convivencia simultánea con el causante 5 años anteriores a su fallecimiento, en atención a criterios de igualdad y justicia material se deberá ordenar el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro en partes iguales.

Así las cosas, de conformidad a la Resolución No. 4048 del 12 de julio de 2017, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Suspender el trámite de la sustitución de asignación de retiro en un 50% del total de la prestación que devengaba el señor CABO SEGUNDO (f) DÍAZ RAMOS ANGEL ROBERTO, y que pueda llegar a corresponder a las señoras ESTHER JULIA CIFUENTES DE DÍAZ, en calidad de cónyuge supérstite identificada con la cédula de ciudadanía No. 29823213, y/o a la señora EMERITA ALZATE LOPEZ en calidad de compañera permanente, identificada con cédula de ciudadanía No. 29914432 de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

*ARTICULO SEGUNDO: Dejar pendiente el restante 50% de total de la prestación que devengaba el causante, y que pueda corresponder a MARTHA GLADYS DIAZ CIFUENTES en calidad de hija discapacitada, identificada con cédula de ciudadanía 51718526, hasta cuando allegue la documentación con la cual demuestre a la entidad la calidad de beneficiaria.
(...)*

En ese sentido, se evidencia que el presente asunto gira entorno únicamente respecto del 50% de la asignación de retiro del causante debido a que sobre el otro 50% no hay discusión, en consideración a que corresponde a la señora Martha Gladys Díaz Cifuentes tan pronto lleve las documentales requeridas.

Dado lo anterior, debido a la convivencia simultánea corresponde conceder la sustitución del 50% que se encuentra en suspenso de la asignación de retiro del señor ÁNGEL ROBERTO DÍAZ (Q.E.P.D.), de quien deviene el derecho de las actoras, en partes iguales, esto es, un **25%** para su cónyuge supérstite ESTHER JULIA CIFUENTES DE DÍAZ (Q.E.P.D.) y un **25 %** para su compañera permanente EMERITA ALZATE LÓPEZ, el cual, quedará en suspenso hasta que agote las instancias judiciales.

Por lo anotado en las anteriores consideraciones, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 4048 del 12 de julio de 2017, mediante la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR, dejó en suspenso el trámite de la sustitución de asignación de retiro que pudiera corresponderle a la cónyuge supérstite del causante.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará el reconocimiento y pago a la señora **ESTHER JULIA CIFUENTES DE DÍAZ**, identificada en vida con cédula de ciudadanía No. 29.823.213 en un **25%** de la asignación de retiro que devengaba en vida el señor Ángel Roberto Díaz hasta el día anterior a su fallecimiento ocurrido el 12 de junio de 2018 (Fl.122).

Ahora, frente a la excepción de **prescripción** de los derechos se tiene que según los lineamientos señalados por el Honorable Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de septiembre de 2008, Expediente No. 25000-23-25000-2007-00107-01 (628-2008), Actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, M.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, a la cual me remito, según la cual, los derechos prestacionales consagrados a favor del personal de la Fuerza Pública prescriben en cuatro años.

En ese sentido, como la señora Cifuentes solicitó el reconocimiento de tal sustitución mediante escritos presentados en ejercicio del derecho de petición en el año 2017, tal como se extrae de la resolución objeto de litigio (Fl.3-5), y la demanda se presentó el 8 de noviembre de 2017, se desprende que no hay lugar a la prescripción de los derechos reclamados por la actora, por ende, es dable reconocer la prestación desde el 20 de enero de 2017, día siguiente al deceso del causante.

Por último, no obstante que en el presente caso se accede a las súplicas de la demanda, no se condenará a la parte vencida en costas, toda vez que no se evidenció que la entidad accionada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

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,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 4048 del 12 de julio de 2017, proferida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR, mediante la cual se dejó en suspenso el trámite de la sustitución de la asignación de retiro que pudiera corresponderle a la señora Esther Julia Cifuentes de Díaz.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR, a reconocer y pagar a la señora **ESTHER JULIA CIFUENTES DE DÍAZ**, identificada en vida con cédula de ciudadanía No. 29.823.213, el **25%** de la asignación de retiro devengada en vida por el señor **ÁNGEL ROBERTO DÍAZ RAMOS**, a partir del 20 de enero de 2017 y hasta el 11 de junio de 2018.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- Sin lugar a condena en costas.

QUINTO.- 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.

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

SÉPTIMO.- 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 AVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 8 de mayo de 2019 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>029</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>



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

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 11001-33-42-052-2018-00229-00
Demandante: EUCARY JIMÉNEZ AVENDAÑO
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Reconocimiento bonificación judicial como factor salarial.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Eucary Jiménez Avendaño a través de apoderada judicial en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

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 Eucary Jiménez Avendaño, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se:

- Inaplique parcialmente el Decreto 382 de 2013 en el artículo 1° específicamente en lo atinente a la parte que expresa que la bonificación judicial allí establecida, constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por resultar contrario a la Constitución al parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y al Convenio OIT 095.
- Declarar la nulidad de los Oficios Nos. SSAGB-STH-GGN 3363 del 23 de diciembre de 2015, 0215 del 10 de febrero de 2016 y de la Resolución No. 2-1146 del 20 de abril de 2016 a través de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación a:

- Reconocer y pagar la bonificación judicial con carácter salarial y prestacional por todas las primas y prestaciones devengadas.

- Condenar al sujeto pasivo a pagar indexadamente los valores adeudados junto con los intereses y costas según los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls.25 a 26):

El Gobierno Nacional a través del Decreto 382 de 2013, creó una bonificación judicial a favor de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación que se pagaría mensualmente y sólo sería factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde el 1° de enero de 2013 hasta el 2018, de ahí adelante el aumento de esa bonificación se llevara a cabo conforme a IPC.

Desde la creación de la bonificación judicial, la accionante la viene percibiendo ininterrumpidamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sujeto activo en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la accionada el 11 de diciembre de 2015, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial percibida como factor salarial.

La anterior petición fue negada por la demandada mediante el Oficio No. SSAGB-STH-GGN 3363 del 23 de diciembre de 2015. Inconforme con ello, la actora interpuso recurso de apelación.

El recurso apelación se resolvió negativamente por la accionada a través de la Resolución No. 2-1146 del 20 de octubre de 2016.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 2, 13, 25, 53 y 150 de la Constitución Política; Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

Afirmó la mandataria de la parte actora que de conformidad con las normas citadas y los principios de progresividad y no regresividad laboral la bonificación judicial por percibirse habitual y periódicamente y cuyo fin es nivelar los salarios de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, tiene el carácter de salario motivo por

el cual debe tenerse en cuenta para liquidar las demás primas y prestaciones sociales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls.48 a 60).

Luego de pronunciarse sobre los hechos se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo dos argumentos a saber: (i) la creación de la bonificación judicial con carácter salarial exclusivamente para salud y pensión es un acuerdo al cual llegaron libremente los representantes de los empleados de la Fiscalía General de la Nación y el Gobierno Nacional, acuerdo que se encuentra protegido por los convenios de la OIT que invitan a que los servidores públicos en uso de los derechos de asociación puedan participar en la fijación de las condiciones de empleo y; (ii) existe libertad de configuración del legislador de crear una bonificación que si bien retribuye el servicio de una persona no significa que de contera tenga el carácter intangible de salario para todos sus efectos ya que eso sería otorgar un carácter de inamovilidad al salario.

Por ello, propuso las excepciones que denominó: *"Constitucionalidad de la Restricción del Carácter Salarial"*, *"Aplicación del mandato de sostenibilidad fiscal en el Decreto 0382 de 2013"*, *"Legalidad del Fundamento Normativo Particular"*, *"Cumplimiento de un deber legal"*, *"Cobro de lo no debido"*, *"Buena Fe"* y *"Genérica"*.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a la excepciones antes referidas 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 accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de estas 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 sentencia que resuelva la presente controversia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto del 10 de abril de 2019 (fl.94) se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

Las partes procesales y el Ministerio Público guardaron silencio dentro del término legal.

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:

I. CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA.

Esta instancia judicial se abstuvo de manifestar impedimento en el asunto de la referencia de conformidad a lo señalado en el auto admisorio proferido el 19 de julio de 2018 (Fis.39-40), pues se reitera que este Despacho es competente para conocer la controversia sobre la cual gira el presente proceso, de conformidad a lo expuesto por la sala plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de la Magistrada María Cristina Quintero Facundo, en providencia del 13 de febrero de 2017, expediente No. 1100133420522016000667-01, demandante: Maribel Rodríguez Niño, demandado: Nación –Fiscalía General de la Nación, quien al resolver un impedimento de esta instancia judicial por pretensiones similares a las que se adelantan en las presentes diligencias, discurrió:

(...)

*Así las cosas, reitera la Sala Plena el precedente jurisprudencial horizontal que al respecto se ha adoptado por la Corporación, y que acogió tesis del H. Consejo de Estado, de la que dan cuenta entre otras providencias es auto del 10 de marzo de 2016¹, en el que abordando el estudio del régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación, en contraste con el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, finiquito que son sustancialmente diferentes y por razón de ello, **no existe interés directo por parte de los funcionarios de la Rama Judicial, en las resultas de los procesos en los que se debate sobre el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.***

(...)".

Así las cosas, de conformidad al precedente jurisprudencial el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación difieren sustancialmente, por ende, se estableció que los funcionarios de la Rama Judicial a la cual pertenece este recinto no les asiste interés directo en las resultas de los procesos presentados en contra de la Fiscalía General de la Nación, siendo dable adelantar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia en aras de garantizar los principios de celeridad y economía procesal de las partes.

¹ Expediente No. 05001-23-33-000-2015-00064-01 (1235-15). Demandante: Olga Luz Arrubla de Montoya; Demandado: Fiscalía General de la Nación. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. CONSEJO DE ESTADO –SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Magistrada Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, decisión del dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014) Radicación N°: 050013333009201300193 01 (4730-2014). Proceso Radicado No 25000234200020160614901, actor Elva Luz Castiblanco contra Nación –Fiscalía General de la Nación, Consejero Ponente: DR. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ."

Por las razones expuestas, se proferirá decisión de mérito en el presente asunto, pues considera la titular de este Juzgado que no se encuentra inmersa en alguna causal de recusación establecida en el artículo 141 del Código General del Proceso, que le implique manifestar impedimento para fallar el proceso de la referencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 140 ibídem.

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 4 de diciembre de 2018 (fls.77 a 79), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora que se inaplique el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 y en consecuencia se reconozca y pague la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de todas las prestaciones sociales y salariales?

ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

1. Copia del escrito radicado por la accionante en ejercicio del derecho de petición el 12 de noviembre de 2015 ante la demandada en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales (fls.1 a 5).
2. Oficio No. SSAGB-STH-GGN 3363 del 23 de diciembre de 2015 proferido por la accionada en el cual negó la anterior petición (fl.6).
3. Recurso de reposición y apelación radicado por la demandante en contra del anterior acto administrativo (fls.10 a 14).
4. Resolución No. 0 215 del 10 de febrero de 2016 expedido por la Nación – Fiscalía General de la Nación en el cual negó el recurso de reposición radicado por el actor (fls.15 a 16).
5. Resolución No. 2-1146 del 20 de abril de 2016 mediante el cual el sujeto pasivo negó el recurso de apelación interpuesto en contra del

Oficio No. 2. Oficio No. SSAGB-STH-GGN 3363 del 23 de diciembre de 2015 (fls.17 a 23).

6. Constancia de tiempo de servicios prestados por la demandante expedido por la accionada (fls.88 a 89).
7. Certificado de los salarios devengados por el demandante desde 2013 hasta 2015 (fls.7 a 9).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico es necesario hacer referencia a la naturaleza y características de la bonificación judicial que se reconocen a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y analizar la concepción de salario con base en pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Bonificación judicial

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.

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 empleados públicos pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación.

El Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, estableció el régimen salarial y prestacional de los empleados de esa entidad, dentro del cual señaló que las personas que se encontraban bajo el régimen de la rama judicial podían optar por permanecer en ese régimen o de acogerse al consagrado en esa disposición.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 53 de 1993 mediante el cual estableció el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación para el personal que se vinculará a partir de su vigencia o para las personas que libremente decidieran acogerse a ese régimen.

Luego, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 382 de 2013, en el cual creó una bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación que se rigieran por lo establecido en el Decreto 53 de 1993 a partir del 1º de enero de 2013, con base en la escala de valores consagrada en el artículo 1º para cada cargo.

El parágrafo del artículo 1º del referido Decreto respecto a la forma de reajuste de la bonificación judicial consagró:

"PARAGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente."

Conforme la norma trascrita, la forma de reajuste de la bonificación judicial para el periodo comprendido entre el año 2013 y 2018 se hizo con base en un IPC proyectado del 2%, dejando la posibilidad que si el aumento inflacionario superaba ese indicador el Gobierno tenía que reajustar el valor; y para el 2019, el reajuste de esa bonificación se llevará a cabo con base en IPC certificado en el año anterior, al igual que la forma de aumento que se efectúa a las asignaciones básicas.

El artículo 2º del Decreto 382 de 2013 señaló que los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993, percibirán un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial creada, respecto de quienes ejercen el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en el Decreto 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

La bonificación judicial creada en el Decreto 382 de 2013 se consagró únicamente como factor salarial para el pago de las cotizaciones al Sistema General de Salud y de Pensiones.

Concepto de salario.

El Código Sustantivo del Trabajo desde los artículos 127 a 132 regula todo lo relacionado con aquellos pagos que realiza el empleador que debe entenderse como salario y aquellos que no. Así, por salario se tiene que es todo pago ordinario fijo, variable o en especie con el cual se retribuye habitual y periódicamente la prestación del servicio sin importar la denominación que se le otorgue.

Los viáticos serán salario cuando son habituales y su destino es para cancelar gastos de manutención y alojamiento, no tendrá esa naturaleza jurídica cuando son ocasionales y se pagan con el fin de cubrir gastos de transporte. El auxilio de transporte se agrega al salario para el pago de prestaciones sociales pero se excluye para la base de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social.

El Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo "sobre la protección al trabajo" teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos según la cual toda persona que trabaja merece una remuneración equitativa y satisfactoria define salario en el artículo 1º como:

"la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."

El artículo 128 del CST consagra los pagos que no constituyen salarios de la siguiente manera:

"No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."

Conforme la norma transcrita, no es salario: (i) los pagos que efectúa ocasionalmente o por mera liberalidad el empleador; (ii) aquellos que se efectúan con el fin que el trabajador pueda cumplir a cabalidad sus funciones por lo cual el dinero o especie

recibida no aumenta o enriquece su patrimonio y; (iii) los pagos que se realizan de forma habitual pero que mediante acuerdos de desalarización empleado y trabajador acordaron que no tendría la connotación de salario para la liquidación de las prestaciones sociales.

Ahora con base en lo expuesto, si bien los intervinientes de una relación laboral tienen la posibilidad en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho de asociación de acordar el reconocimiento y pago de emolumentos que no se tendrán en cuenta como factor salarial para la cancelación de prestaciones sociales, esos acuerdos no pueden estar en contra de los derechos mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tales como primacía de la realidad sobre las formalidades, la irrenunciabilidad del salario y la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995 mediante el cual declaró exequible el artículo 138 del CST, señaló sobre los acuerdos de desalarización lo siguiente:

*"La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, **en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley.**" (Negrillas fuera de texto).*

Ahora bien, no hay que olvidar que en el sector público esos acuerdos que pueden llegar los servidores públicos con las entidades del orden nacional deben ser plasmados a través de un Decreto expedido por la el Gobierno bajo los parámetros que ha fijado el legislador para establecer el régimen salarial y prestacional de ellos, en todo caso el ejecutivo y el congreso al momento de plasmar esos emolumentos que no tienen el carácter de salario deberán tener en cuenta los principios mínimos fundamentales del trabajador consagrados en el artículo 53 de la Constitución. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia citada señaló:

"Es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter. Es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos

de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter”

Posteriormente, el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia T-1029 de 2012 ratificó el criterio expuesto en la providencia citada, al consagrar:

*“La Corte recuerda que los extremos de las relaciones laborales se encuentran vinculados a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales del trabajador, porque aquellos no son enteramente libres al momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del C.S.T. La sentencia C-521 de 1995 advirtió que los pactos de desregularización salarial son constitucionales, siempre que no vulneren derechos irrenunciables del trabajador. **El artículo 53 de la Carta Política establece que la irrenunciabilidad del salario es un mínimo que el trabajador no puede ceder.** (...) En síntesis, la Sala precisa que la interpretación del artículo 128 contiene las siguientes premisas:*

2) Las partes tienen la autonomía para estipular pagos extralegales que se cancelan de forma ocasional o habitual y señalar que esos no revisten la naturaleza de salarios. Estos acuerdos serán válidos además de eficaces siempre y cuando ese rubro no tenga connotación salarial.

3) El juez laboral debe evaluar si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago es una remuneración al trabajador por el servicio prestado o si cuenta con los elementos establecidos en el artículo 127 de Código Sustantivo del Trabajo, estudiando las circunstancias de cada caso concreto, las pruebas que obran en el expediente y atendiendo a la finalidad del ingreso.

4) La simple consagración del pacto de desregularización salarial no le quita la naturaleza de salario a un pago que tiene ese carácter.

5) En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el ordenamiento jurídico estableció la sanción de ineficacia a los desembolsos que siendo salarios pretenden esconder dicha característica a través de un convenio entre las partes del contrato de trabajo o una decisión unilateral.” (Negritas fuera de texto).

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral también se ha manifestado sobre los límites que existen sobre los acuerdos de desalarización de un emolumento. Así en la sentencia del 28 de julio de 2009, M.P. Eduardo López Villegas, dentro del radicado No. 35579, señaló que si bien el acuerdo de no salario es válido entre las partes que intervienen en una relación laboral, este no puede efectuarse sobre aquellas *“compensaciones directas del servicio prestado, sobre los que no resulta viable celebrar este tipo de pactos”*.

En sentencia del 25 de enero de 2011, radicación No. 37037 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia arguyó:

*"No está demás advertir lo que tiene señalado, desde antaño, esta Sala, sobre que las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; **tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario.** Así lo asentó esta Sala en la sentencia con radicación 30547 de 2009, que a su vez reitera lo dicho en la sentencia 27235 del 10 de julio de 2006:*

"De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, se entiende por salario "no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

*"Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, (...). **En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz**". (Subrayas en la sentencia)"*

Posteriormente, en sentencia del 1º de febrero de 2011, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Gustavo José Genecco Mendoza, radicación No 35771, al decidir que los gastos de representación que le habían sido pagados a un jugador de fútbol del Once Caldas F.C. correspondían realmente a salario por retribuir el servicio, expuso:

*"Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, **las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.***

***Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.**" (Negrillas fuera de texto).*

Por su parte, el Consejo de Estado, teniendo en cuenta la definición de salario del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo ha señalado que todo emolumento que se percibe como retribución directa del servicio de forma habitual y periódica es salario sin importar la denominación que se le dé.

Así, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 3 de agosto de 2016, radicado No. 25000-23-37-000-2012-00091-01, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia indicó que:

“Desde la perspectiva del artículo 127 del CST, el salario mensual corresponde a todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que adopte (primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, trabajo en días de descanso obligatorio o porcentajes sobre ventas y comisiones), incluyendo los salarios pagados en moneda extranjera.”

Igualmente, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 19 de enero de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del radicado No. 54001-23-33-000-2012-00180-01, expuso:

“La remuneración o salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral, comprende entonces, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o por razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.

En torno al tema, el Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6 (parágrafo 1º) prevé que salario es «[...] todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones [...]».

*Y es que lo dispuesto en este Decreto también lo tiene previsto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que aunque aplicable al régimen laboral individual de carácter privado, bien merece traerlo a colación por tratarse de una consagración de derechos mínimos, pues prescribe como concepto de factor salarial «[...] todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones **En conclusión, el salario está constituido por todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por su labor.**” (Negrillas fuera de texto).*

Conforme a todo lo expuesto, el Juzgado concluye que:

- I. El concepto de salario de conformidad con lo consagrado en el artículo 127 del CST y el Convenio 95 de la OIT es toda remuneración o ganancia fija o variable que se percibe en dinero o especie de manera habitual y periódica como contraprestación del servicio.
- II. De conformidad con el artículo 128 del CST empleador y trabajador en ejercicio de la autonomía de la voluntad y el derecho de asociación pueden pactar el pago de emolumentos que no tengan el carácter de salario.

- III. Los servidores públicos pueden participar con las entidades en la formulación de políticas de salario y de condiciones de empleo, en caso que se pacte una mejora salarial la misma debe plasmarse en un acto administrativo general que deberá sujetarse a las reglas previstas por el legislador, en este caso de la Ley 4ª de 1992.
- IV. En ambos eventos, los pactos de desalarización a la cual lleguen las partes deben respetar los principios mínimos de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, tales como irrenunciabilidad al salario, prevalencia de la realidad sobre las formalidades y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. De esa manera, si se demuestra que un pacto no salarial se percibe de forma periódica, ininterrumpida, que retribuye el servicio y enriquece el patrimonio del trabajador la misma será ineficaz y se tendrá como salario para todos los efectos.

CASO CONCRETO.

Advierte el Despacho que de conformidad con la constancia de servicios y los desprendibles de pago visibles a folios 7 a 9 y 88 a 89, se colige que la accionante es beneficiaria del régimen salarial y prestacional del Decreto 53 de 1993 y por lo tanto a partir del 1º de enero de 2013 se le ha venido pagando la bonificación judicial mes a mes sin tenerla en cuenta como factor salarial para el pago de prestaciones sociales.

La parte actora solicita el reconocimiento y pago de esa bonificación judicial como factor salarial para el pago de las prestaciones sociales por considerar que la misma integra el concepto de salario.

La entidad accionada dentro de la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión resaltó que la creación de la bonificación judicial como factor salarial únicamente para cotizar al sistema general de pensiones y salud obedeció a un acuerdo de voluntades que llegaron las partes (miembros de la Fiscalía General de la Nación y el Estado) de otorgarle tal naturaleza, tal acuerdo se elevó a Decreto teniendo en cuenta la competencia que sobre el particular se ha establecido en la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992.

Al respecto, advierte el Despacho que como se indicó en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el concepto de salario según los términos

del artículo 127 del CST y el Convenio 95 de la OIT, es todo pago ordinario fijo, variable o en especie con el cual se retribuye habitual y periódicamente la prestación del servicio sin importar la denominación que se le otorgue, frente al caso del asunto, el artículo 127 referido, establece como ejemplo de salario taxativamente las "bonificaciones habituales".

Con base en el artículo 128 del CST y el ejercicio del derecho de asociación y respeto a la autonomía de la voluntad los trabajadores junto a su empleador pueden acordar el pago de sumas sin carácter salarial y que no se tendrán en cuenta para liquidación de prestaciones sociales.

En tratándose de los servidores públicos se ha establecido que ellos pueden en ejercicio del derecho de asociación participar en la formulación de sus condiciones de empleo y eventualmente en cuestiones salariales, no obstante, dada a la especial relación de sujeción que existe y la regulación del régimen salarial y prestacional de carácter compartido entre el legislador y ejecutivo por disposición constitucional, todo logro que se alcance deberá verse reflejado en un acto administrativo que respete las directrices de la Ley marco expedida por el Congreso.

Así, respecto a la bonificación judicial de los servidores de la Fiscalía General de la Nacional, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 382 de 2013 en ejercicio de las facultades otorgadas en la Ley 4ª de 1992, ello en cumplimiento de uno de los acuerdos a los que arribaron el grupo sindical y el Estado, quienes en ejercicio del derecho de asociación y autonomía de voluntad pactaron que ese emolumento se reconociera y pagara sin carácter salarial, esto es, en otras palabras, decidieron conjuntamente desalarizar la bonificación judicial.

En líneas anteriores, se resaltó que la desalarización es permitida con base en el artículo 128 del CST siempre y cuando ese acuerdo sea respetuoso de los principios mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, esto es, prevalencia de la realidad sobre las formalidades, irrenunciabilidad del salario y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo so pena que el acuerdo sea ineficaz y el emolumento se tenga en cuenta como salario para todos los efectos.

En el asunto, respecto a la situación concreta y particular del demandante, el Juzgado encuentra que las partes al momento de realizar la negociación y el Ejecutivo al expedir el Decreto 382 de 2013 creando la bonificación judicial sin efectos salariales

para la liquidación de las prestaciones sociales actuó en contravía de los referidos principios fundamentales consagrados en la Constitución Política por las siguientes razones:

- La bonificación judicial que percibe la demandante ha sido un emolumento que se ha pagado de manera periódica e ininterrumpida tal como se observa de los desprendibles de nómina visibles a folios 7 a 9 del expediente.
- La bonificación judicial se ha venido cancelado como retribución directa del servicio que presta la actora, toda vez que se percibe mes vencido y en ocasión al periodo trabajado, aunado al hecho que la misma tiene como fin aumentar e enriquecer el patrimonio del sujeto activo.
- La bonificación judicial no tiene como fin el pago de gastos o de funcionamiento del servicio.
- La bonificación judicial la reconoce y paga la entidad accionada en cumplimiento de la nivelación salarial establecida en la ley 4ª de 1992, es decir, que ello no nace de un acto ocasional o de mera liberalidad de la administración para con la accionante, sino que con base en esa nivelación salarial y la presión que sobre el particular ejerció el grupo representativo de trabajadores en la mesa de negociación dio origen al reconocimiento y pago de ese emolumento.

En ese orden de ideas, en aplicación de los precedentes judiciales expuestos en el marco jurídico y jurisprudencial, la entidad accionada no se encontraba facultada para encubrir un pago que constituía salario en aplicación de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, irrenunciabilidad del salario y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, por lo que el Despacho en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución Política inaplicará la palabra "únicamente" contenida en el artículo 1º del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013 y en su lugar ordenará tener en cuenta la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos a partir del 1º de enero de 2013 en adelante por cuanto no se encuentra configurada la prescripción trienal consagrada en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Lo anterior, dado que desde la causación del derecho a percibir la bonificación judicial (1° de enero de 2013) y la interposición del escrito de petición (11 de diciembre de 2015) no trascurrieron más de tres años.

En consecuencia de lo expuesto, el Juzgado declarará la nulidad del Oficio No. SSAGB-STH-GGN 3363 del 23 de diciembre de 2015 y de las Resoluciones Nos. 0215 del 10 de febrero de 2016 y 2-1146 del 20 de abril de 2016 proferidos por la entidad accionada en los cuales negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales.

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:

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

Donde (R) equivale al valor presente y se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de pagar desde cuando surgió la obligación, multiplicado por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial de precios que certifique también el DANE.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los Artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del sub-examine.

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: Inaplicar por Inconstitucional la palabra “únicamente” contenida en el artículo 1° del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio No. SSAGB-STH-GGN 3363 del 23 de diciembre de 2015 y de las Resoluciones Nos. 0215 del 10 de febrero de 2016 y 2-1146 del 20 de abril de 2016.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación a reconocer y pagar la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos a partir del 1° de enero de 2013 a la señora Eucary Jiménez Avendaño identificada con cédula de ciudadanía No. 65.827.437.

CUARTO: 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:

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

Donde (R) equivale al valor presente y se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de pagar desde cuando surgió la obligación, multiplicado por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial de precios que certifique también el DANE.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

SÉPTIMO: Sin lugar a condenar en costas a la parte vencida.

OCTAVO: 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

S.A


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

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

Hoy ocho (8) de mayo de 2019 se notifica el auto anterior por
anotación en el ESTADO No. 02.


DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario



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

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 110013342-052-2018-00338-00
Demandante: LUIS CARLOS FERNÁNDEZ CARDOZO
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 presentado por el señor Luis Carlos Fernández Cardozo 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 Luis Carlos Fernández Cardozo, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que: se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018, SUB 101575 del 17 de abril de 2018 y DIR 8786 del 8 de mayo de 2018, mediante los cuales la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES negó la reliquidación de la pensión de la actora, resolvió un recurso de reposición y de apelación, respectivamente.

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, a:

Reliquidar y pagar la pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, en el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2011 y el 31 de julio de 2012, como son: asignación básica,

sobresueldo, bonificación o remuneración por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, subsidio familiar 7%, prima de riesgo, prima de seguridad y bonificación por recreación, con los ajustes de que trata la Ley 100 de 1993 y los que ordene la ley en atención al IPC.

Reconocer y pagar las mesadas pensionales desde el 1º de agosto de 2012 hasta el 30 de agosto de 2013, con la inclusión de las *"primas mesadas trece (13) y catorce (14) para un total de 15 mesadas pensionales atrasadas"*.

Efectuar los descuentos que sobre los nuevos factores durante los últimos 5 años por prescripción extintiva de conformidad al artículo 817 del Estatuto Tributario.

Liquidar y pagar las diferencias de las mesadas pensionales que resulten, con la inclusión de los porcentajes del IPC o al por mayor en virtud de lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 187 del CPACA.

Pagar las costas judiciales del proceso en los términos del artículo 188 del CPACA.

Que la entidad demandada de cumplimiento a la sentencia de conformidad a lo dispuesto en los artículos 189 y 192 del CPACA.

Pagar los intereses moratorios que resulten de conformidad a lo previsto en el artículo 195 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 96-98):

El señor Luis Carlos Fernández Cardozo, laboró para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC desde el 6 de abril de 1990 hasta el 31 de julio de 2012.

El actor se desempeñó como Dragoneante código 4114 grado 11 de la Subdirección del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC en la ciudad de Bogotá.

Mediante Resolución No. 038732 del 26 de octubre de 2011, el Instituto del Seguro Social hoy COLPENSIONES reconoció una pensión mensual de vejez en cuantía de \$736.413.

A través de la Resolución No. 28426 del 27 de agosto de 2012, la entidad demandada revocó el anterior acto administrativo debido a que percibe una pensión por invalidez a cargo de CAJANAL.

El actor presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 1º de noviembre de 2012, por medio del cual solicitó que se aclare su situación pensional bajo el argumento de que no se encuentra percibiendo pensión de CAJANAL, por lo tanto solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez.

Debido a la revocatoria de la pensión, el actor empezó a cotizar de manera independiente al sistema de salud y pensión con el fin de tener activos los servicios médicos para su núcleo familiar desde el 1º de marzo de 2013 hasta el 30 de julio de 2013.

El actor empezó a trabajar en la empresa guardianes compañía líder de seguridad como celador desde el 1º de agosto de 2013 hasta el 31 de octubre de 2013, debido a la falta de recursos económicos.

La Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES mediante la Resolución No. GNR 241948 del 27 de septiembre de 2013, le reconoció al actor una pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 2013, en cuantía de \$1.065.568.

La entidad demandada no tuvo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, a saber: asignación básica, bonificación o remuneración por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, subsidio familiar 7%, prima de riesgo, prima de seguridad, bonificación por recreación y demás factores devengados al servicio del INPEC correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2011 hasta el 31 de julio de 2012.

Mediante escrito presentado el 5 de mayo de 2015, el actor solicitó el pago de las mesadas pensionales desde el 1º de agosto de 2012 hasta el 30 de agosto de 2013, con las respectivas mesadas 13 y 14.

A través de la Resolución No. GNR 4031 del 8 de enero de 2015, la entidad demandada negó la anterior solicitud.

En contra de la anterior decisión el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación el 3 de febrero de 2015, siendo resuelto el primero de manera desfavorable a través de la Resolución No. GNR 187824 del 23 de junio de 2015 y el segundo mediante la Resolución No. VPB 61233 del 14 de septiembre de 2015, en el sentido de confirmar la anterior decisión.

El actor mediante escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 14 de octubre de 2016, solicitó la reliquidación de la pensión, sin que se haya accedido a la misma tal como se indicó en la Resolución No. GNR 54021 del 18 de febrero de 2017.

El demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la anterior decisión el 21 de marzo de 2017, siendo resueltos de manera desfavorables a través de las Resoluciones Nos. SUB 54647 del 8 de mayo de 2017 y DIR 73224 del 23 de mayo de 2017, respectivamente.

El señor Fernández presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 8 de febrero de 2018, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios desde el 1º de agosto de 2012, con la inclusión de las mesadas 13 y 14.

La entidad demandada negó la anterior solicitud a través de la Resolución No. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018, en contra de la cual interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación el 22 de marzo de 2018.

Los recursos fueron resueltos a través de las Resoluciones Nos. SUB 101575 del 17 de abril de 2018 y DIR 8786 del 8 de mayo de 2018, respectivamente, en el sentido

de confirmar la anterior decisión de no acceder a la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por el actor.

Se efectuaron descuentos a la pensión de vejez con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, por ende se debió efectuar el computo de la base pensional los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 2, 5, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; Leyes 57 y 153 de 1887; Ley 6ª de 1945; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Leyes 18 y 48 de 1969; Decreto 1045 de 1978; Leyes 33 y 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 6º del Decreto 691 de 1994; artículo 168 del Decreto 407 de 1994; Decreto 113 de 1998 y los artículos 21 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señaló que el actor es beneficiario del artículo 96 de la Ley 32 de 1985, por lo tanto tiene derecho a que su pensión sea liquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

Como respaldo de sus argumentos 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. 133 a 156).

La apoderada 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 parte actora con fundamento en las normas y disposiciones legales previstas para el caso en concreto, razón por la cual, no se accedió a la petición de reliquidación de la prestación.

Manifestó que al establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones que reconoce la Administradora, se tiene en cuenta la disposición contenida en la Ley 100 de 1993.

Señaló que las pensiones cobijadas por el régimen de transición se deben liquidar con base en la disposición de la Corte Constitucional, para lo cual como sustento jurisprudencial citó las sentencias proferidas por la Máxima Corporación Constitucional.

Trajo a colación pronunciamientos del Consejo de Estado que refieren a que el IBL debe acogerse a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y argumentó los principios de sostenibilidad fiscal y financiera que se deben tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) "COBRO DE LO NO DEBIDO", en consideración a que la entidad reconoció la prestación de la parte actora con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional; (ii) "INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO", por cuanto no ha nacido a la vida jurídica obligación de la Administradora, toda vez que la entidad reconoció la pensión bajo la normatividad especial contenida en la Ley 32 de 1986; (iii) "PRESCRIPCIÓN", contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación y (iv) "BUENA FE", al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 12 de marzo del año en curso (Fls. 169 a 172), las partes alegaron de conclusión.

Conforme lo anterior el apoderado de la parte demandante, manifestó que su representado es beneficiario del régimen especial contenido en la Ley 32 de 1986, razón por la cual, tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, resaltando entre otros la prima de riesgo.

De otro lado, afirmó que el actor tiene derecho al reconocimiento de la prestación desde el 1º de agosto de 2012, teniendo en cuenta que la entidad demandada revocó el acto de manera arbitraria.

Por su parte, la entidad demanda manifestó que reajustó la pensión del actor en el año 2018, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 32 de 1986, la cual no indica la manera de liquidar el IBL, por lo tanto, empleó lo dispuesto por la Corte Constitucional en el sentido de aplicar para el efecto el régimen general contemplado en la Ley 100 de 1993.

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 "COBRO DE LO NO DEBIDO", "INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO" y "BUENA FE", se basan en consideraciones que 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.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 12 de marzo del año en curso (Fls. 169-172), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión 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, de conformidad con lo previsto en la Ley 32 de 1986?
- ¿Tiene o no derecho el demandante a que se le cancelen las mesadas pensionales desde el 1º de agosto de 2012?
- ¿Tiene o no derecho el actor al pago de las mesadas 13 y 14 en su calidad de pensionado de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES?

3. ACERVO PROBATORIO.

3.1. Copia simple de la Resolución No. 038732 del 26 de octubre de 2011, por medio de la cual el Instituto Seguro Social concedió una pensión de jubilación al señor Luis Carlos Fernández Cardozo, efectiva a partir de la fecha en que acredite el retiro definitivo del servicio (Fls. 6-10).

3.2. Copia simple de la Resolución No. 001988 del 7 de junio de 2012, por medio de la cual el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC aceptó la renuncia presentada por el señor Fernández a partir del 1º de agosto de 2012 (Fl.11).

3.3. Copia simple de la Resolución No. 28426 del 27 de agosto de 2012, por la cual el Instituto del Seguro Social revocó la Resolución No. 038732 del 26 de octubre de 2011 y en su lugar negó el reconocimiento y pago de una pensión al actor, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 12-13).

3.4. Copia simple de escrito presentado por el actor a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES el 17 de junio de 2013, mediante el cual informó que no le siguieron prestando los servicios médicos a él ni a su núcleo familiar desde el 30 de noviembre de 2012, lo que conllevó a que se afiliara de manera independiente a la EPS FAMISANAR (Fls.15-16).

3.5. Copia simple de reporte de semanas cotizadas por el actor a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES (Fl.17).

3.6. Copia simple del Registro Civil de Nacimiento de Yudi Alejandra Fernández Álvarez del 8 de diciembre de 2001 (Fl.20).

3.7. Copia simple del Registro Civil de Nacimiento de Edward Santiago Fernández Álvarez del 11 de octubre de 2007 (Fl.19).

3.8. Copia simple de la Resolución No. GNR 241948 del 27 de septiembre de 2013, por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES reconoció una pensión de vejez a la parte actora a partir del 1º de septiembre de 2013, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 38-41).

3.9. Escrito sin constancia de radicación, por medio del cual el actor solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de las mesadas atrasadas que corresponden al periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2012 hasta el 30 de agosto de 2013 (Fl. 21).

3.10. Copia simple de certificación expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP del 27 de septiembre de 2013, mediante la cual indicó que el señor Cardozo no se encuentra pensionado por esa entidad (Fl. 14).

3.11. Copia simple de la Resolución No. GNR 4031 del 8 de enero de 2015, por la cual la Administradora rechazó un recurso interpuesto en contra de la Resolución No. GNR 241948 del 27 de septiembre de 2013, con su respectiva constancia de notificación (Fls.22-25).

3.12. Copia simple de escrito por medio del cual el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. GNR 4031 del 8 de enero de 2015 (Fls. 26-29).

3.13. Copia simple de la Resolución No. GNR 187824 del 23 de junio de 2015, a través de la cual COLPENSIONES resolvió un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. GNR 4031 del 8 de enero de 2015, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 30-33).

3.14. Copia simple de la Resolución No. VPB 61233 del 14 de septiembre de 2015, a través de la cual COLPENSIONES resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. GNR 4031 del 8 de enero de 2015, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 34-37).

3.15. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada el 14 de octubre de 2016, por medio de la cual solicitó la reliquidación pensional desde el 1º de agosto de 2011 (Fls. 42-45).

3.16. Copia simple de la Resolución No. GNR 54021 del 18 de febrero de 2017, a través de la cual la entidad demandada reliquidó la pensión del actor a partir del 1º de septiembre de 2013, con la respectiva constancia de notificación (Fls. 46-51).

3.17. Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto el 21 de marzo de 2017, en contra de la anterior decisión (Fls. 52-57).

3.18. Copia simple de la Resolución No. SUB 54647 del 8 de mayo de 2017, mediante la cual la Administradora resuelve el recurso de reposición en el sentido de confirmar la decisión contenida en la Resolución No. GNR 54021 del 18 de febrero de 2017, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 58-62).

3.19. Copia simple de la Resolución No. DIR 73224 del 23 de mayo de 2017, mediante la cual la Administradora resuelve el recurso de apelación en el sentido de modificar la decisión contenida en la Resolución No. GNR 54021 del 18 de febrero de 2017 y reliquidar la pensión del actor, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 63-67).

3.20. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada el 8 de febrero de 2018, por medio del cual solicitó la reliquidación de la pensión con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios y el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2012 hasta el 30 de agosto de 2013 (Fls.68-70).

3.21. Copia simple de la Resolución No. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018, por medio de la cual la entidad demandada reliquidó una pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 2013, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 71-75).

3.22. Original de escrito presentado el 22 de marzo de 2018, por medio del cual el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la anterior decisión (Fls.76-78).

3.23. Copia simple de la Resolución No. SUB 101575 del 17 de abril de 2018, por medio de la cual la entidad demandada resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar la decisión contenida en la Resolución No. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018, con su respectiva constancia de notificación (Fls.79-84).

3.24. Copia simple de la Resolución No. DIR 8786 del 8 de mayo de 2018, por medio de la cual la entidad demandada resolvió el recurso de apelación en el sentido de confirmar la decisión contenida en la Resolución No. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018, con su respectiva constancia de notificación (Fls.85-89).

3.25. Copia simple de certificados de información laboral, de salario base y de salarios mes a mes del señor Fernández (Fls.90-94).

3.26. Copia simple de certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Tesorería del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, mediante la cual informa los factores salariales devengados por el actor desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2012 (Fl.95).

3.27. Copia simple de certificación expedida por la Subdirectora de Talento Humano del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, mediante la cual indica que el

señor Fernández laboró al servicio de la entidad desde el 6 de abril de 1990 hasta el 31 de julio de 2012 (Fls.3-5).

3.28. Copia simple de la cédula de ciudadanía del señor Luis Carlos Fernández Cardozo (Fl.2).

3.29. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos de la parte actora visto a folio 132 del expediente.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso estudiar en primer lugar el régimen pensional aplicable a los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, con el fin de establecer si tiene derecho a la reliquidación de la pensión en los términos pretendidos con el asunto de la referencia, esto es, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial; en segundo lugar, referir la norma que consagra las mesadas trece y catorce y finalmente, abordar lo referente a la revocatoria directa de los actos administrativos.

- 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 cotizadas¹, 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:

"(...)

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 1966².

- 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,

¹ Artículo 9º de la Ley 797 de 2003. "(...)2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo".

² "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."

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 45°.- 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;
- 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 y dando aplicación al referido régimen de transición, INDICANDO que se deberán tener en cuenta todos los factores salariales devengados 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 dio 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 (...)**.³ (Negrillas fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón⁴, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos 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.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-631 de 2017, SU-395 de 2017⁵, SU-023 de 2018, T-328 de 2018 y T-018 de 2018, además de establecer la manera de reconocer el IBL, precisó que su calculo efectivamente se debe realizar teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se hicieron aportes pensionales.

Seguidamente, el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa profirió sentencia de Unificación el 28 de agosto de 2018, mediante la cual luego de efectuar un análisis de las normas frente a postulados de carácter constitucional como es la solidaridad en el sistema de seguridad social contemplado en el artículo 48 de la Carta, consideró respecto de los factores a tener en cuenta para liquidar las pensiones:

³ Ibidem.

⁴ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

⁵ Con la expedición de la sentencia SU – 395 de 2017, se genera en criterio del Juzgado la primera sentencia que es precedente plenamente a aplicable a los asuntos que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto al régimen de transición del que son beneficiarios los servidores públicos, distintos a los magistrados de altas cortes y congresistas, para quienes ya existía precedente, toda vez que en esa providencia se estudió unas acciones de tutelas de personas que gozaban del régimen transición (Ley 33 de 1985) y especiales INPEC y Contraloría General de la República, para concluir que a efectos del reconocimiento, liquidación y reliquidación de las pensiones de los servidores públicos el IBL no hace parte del régimen transicional por lo cual debe tenerse en cuentas las reglas generales de la Ley 100 de 1993.

“99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.
(...). (Subrayas fuera de texto)

Bajo la anterior perspectiva que además ostenta el carácter de vinculante, se concluye que para liquidar la mesada pensional se deben incluir únicamente los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones.

Igualmente, resulta oportuno tener en cuenta la segunda subregla de interpretación establecida en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, toda vez que la misma se basa, de una parte, en el principio de

solidaridad previsto en el artículo 1° de la Constitución Política como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y de otra, en el artículo 48 *ibídem* que define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

Así las cosas, como quiera que el mencionado criterio de interpretación es eminentemente constitucional, considera el Despacho que resulta aplicable a todas las decisiones relacionadas con la determinación de factores salariales que deben ser incluidos en la determinación del IBL pensional, en consecuencia, para ello se tendrán en cuenta, conforme a la subregla en cita, los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones en el último salario devengado.

Sumado a lo enunciado en precedencia, es del caso traer a colación lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, el cual respecto a la importancia jurídica o necesidad de sentar jurisprudencia frente a los asuntos pendientes de fallo, dispone:

“ARTÍCULO 271. DECISIONES POR IMPORTANCIA JURÍDICA, TRASCENDENCIA ECONÓMICA O SOCIAL O NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA. *Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.*

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos."

Así las cosas, si bien, el precedente jurisprudencial refiere a las pensiones reconocidas bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, una vez se encuentren acreditados los requisitos del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es, que el criterio bajo el cual se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cotizó el trabajador al momento de liquidar la pensión aplica a todos los regímenes incluidos los especiales, por su carácter de vinculante.

- DE LAS MESADAS 13 Y 14

Las mesadas adicionales del mes de diciembre y junio se encuentran establecidas en el régimen general de pensiones en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, respectivamente, según los cuales:

"ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión."

"ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA [ACTUALES]⁶ PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobreviviente, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, [cuas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988]⁷ tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".

Posteriormente, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, publicado en el Diario Oficial 45.980 del 25 de julio de 2005, eliminó la mesada catorce, al consagrar:

*"Artículo 1.-
(...)*

⁶ Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-409 del 15 de septiembre de 1994.

⁷ Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-409 del 15 de septiembre de 1994.

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

Por su parte, en el Parágrafo transitorio 6º se señaló:

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

Conforme a dichas preceptivas, es de tener en cuenta como primer aspecto que el inciso octavo del citado acto legislativo no hizo salvedad alguna en cuanto a su aplicación para los empleados y trabajadores sujetos ya sea al régimen pensional general o a alguno especial, y que a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional causarían su derecho pensional.

La única excepción se halla en el parágrafo transitorio 6º para aquellas personas que por ser el monto de su pensión igual o inferior a tres salarios mínimos, continuarán recibiendo atorce mesadas, siempre y cuando su derecho se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

En este orden de ideas, bajo el Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos presupuestos:

- 1) Los pensionados que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 o a percibir catorce mesadas.
- 2) Se exceptúan de lo anterior, los pensionados que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6 del artículo 1º del Acto legislativo.

- DE LA REVOCATORIA DE LO ACTOS ADMINISTRATIVOS

Dicha figura se encuentra consagrada en el capítulo IX del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual en su artículo 93 consagró que las autoridades que expidieron los actos administrativos podrán revocarlos de oficio o a solicitud de las partes, en los siguientes eventos: (i) *Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;* (ii) *Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él y/o* (iii) *Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.*

Seguidamente, el artículo 97 ibídem señaló:

“Artículo 97.-Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.”

En ese sentido, la norma es clara al precisar que debe mediar un consentimiento previo, expreso y por escrito del titular de la relación jurídica, por el cual se autorice a la autoridad que lo expidió la revocatoria del acto administrativo expreso o ficto, mediante el cual se creó, modificó su situación o reconoció un derecho de igual categoría.

5. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Luis Carlos Fernández Cardozo, actuando a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018, SUB 101575 del 17 de abril de 2018 y DIR 8786 del 8 de mayo de 2018, a través de las

cuales reliquidó la prestación del demandante, se resolvió un recurso de reposición y un recurso de apelación, respectivamente.

Ahora bien, con el fin de dar solución a los problemas jurídicos planteados, es necesario estudiarlos y analizarlos de manera separada, por lo tanto, esta instancia judicial procederá a resolverlos en el siguiente orden: (i) reliquidación pensional; (ii) mesadas 13 y 14 y (iii) revocatoria directa.

- RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.

Con el fin de dar respuesta al interrogante planteado en la fijación del litigio se hace necesario establecer si la pensión que percibe el actor debe ser reliquidada con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, entre ellos la prima de riesgo.

Sobre el particular, se encuentra demostrado que:

(i) El demandante nació el 13 de junio de 1967 (Fl.2);

(ii) que el Seguro Social le reconoció pensión de jubilación al actor mediante Resolución No. 038732 del 26 de octubre de 2011, supeditada a demostrar el retiro definitivo del servicio (Fls.6-10);

(iii) A través de la Resolución No. 1988 del 7 de junio de 2012, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC aceptó la renuncia presentada por el señor Fernández a partir del 1º de agosto de 2012 (Fl.11);

(iv) El Instituto del Seguro Social mediante Resolución No. 28426 del 27 de agosto de 2012, revocó la Resolución No. 38732 del 26 de octubre de 2011 (Fl.12-13);

(v) La Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES le reconoció al demandante pensión de vejez mediante Resolución No. GNR 241948 del 27 de septiembre de 2013, en cuantía de \$1.065.568 efectiva a partir del 1º de septiembre de 2013 (Fl.38-40);

(vi) Que mediante la Resolución No. GNR 54021 del 18 de febrero de 2017, la entidad demandada reliquidó la pensión mensual vitalicia de vejez del actor a partir del 1º de septiembre de 2013, elevando la cuantía a la suma de \$1.097.808 (Fls.47-51);

(vii) La entidad demandada a través de la Resolución No. DIR 73224 del 23 de mayo de 2017, reliquidó la pensión del demandante efectiva a partir del 1º de septiembre de 2013, elevando la cuantía a la suma de \$1.098.032 (Fls.64-67);

(viii) A través de la Resolución No. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018, COLPENSIONES reliquidó la pensión del demandante efectiva a partir del 1º de septiembre de 2013, elevando la cuantía a la suma de \$1.100.326 (Fls.72-75); y

(ix) La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES aplicó el régimen especial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC establecido en la Ley 32 de 1986 (Fls.38-40).

Ahora bien, se resalta que el actor prestó sus servicios en el cargo de Dragoneante código 4114 grado 11 desde el 6 de abril de 1990 (Fl.3), esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, circunstancia que lo hace beneficiario del régimen de transición establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, para este tipo de funcionarios y que por tal razón, le es aplicable la Ley 32 de 1986, que establece el derecho a una pensión de jubilación 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 ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. GNR 241948 del 27 de septiembre de 2013, COLPENSIONES le reconoció al señor Fernández Cardozo la pensión de vejez, con una mesada pensional correspondiente al 75% de la asignación mensual más elevada, con la inclusión de los factores salariales

contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (Fl.39), la cual fue reliquidada a través de la Resolución No. GNR 54021 del 18 de febrero de 2017, con base en lo devengado en los últimos 10 años y los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

A su vez, a través de la Resolución No. DIR 73224 del 23 de mayo de 2017 (Fl. 65 vto), se reliquidó la pensión de la parte actora con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de prestación de servicios y con la inclusión de los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, a saber: asignación básica y bonificación por servicios prestados.

En virtud de lo anterior y de conformidad al criterio expuesto por la Corte Constitucional, rectificado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, según el cual los factores salariales a tener en cuenta para efectos de liquidar la pensión son aquellos sobre los cuales se cotizó o se efectuaron aportes al sistema, se colige que la liquidación pensional del demandante se debe realizar con la inclusión de los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de seguridad social, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Ahora, el Despacho evidencia que en el último año de prestación de servicios, esto es, desde el 1º de agosto de 2011 hasta el 31 de julio de 2012 (Fl.3), el actor percibió: prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y *“prima seg”*, de conformidad a la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Tesorería del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC (Fls. 94-95).

No obstante, en la parte inferior de la referida documental la entidad demandada precisó que *“sobre los factores devengados aquí certificados no se efectuaron descuentos ni se hicieron aportes del empleador ni del trabajador al sistema general de seguridad social en pensión ni en salud”*, por lo tanto, no se cumple con el precedente de la Corte Constitucional y el criterio establecido en la sentencia de unificación citada en varias oportunidades.

En el sentido, no se ordenara la reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de los factores pretendidos por la parte actora, en consideración a que sobre los mismos no se realizaron aportes o cotizaciones al sistema pensional.

- **MESADAS 13 Y 14**

En el caso que nos ocupa, se encuentra demostrado que el derecho a la pensión de vejez del señor Fernández de conformidad a lo dispuesto por la entidad se causó desde el 1º de septiembre de 2013, tal como se advierte de la Resolución No. GNR 241948 del 27 de septiembre de 2013 (Fls.38-40), esto es, con posterioridad al 26 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que eliminó la mesada catorce.

Así las cosas, se reitera que los pensionados que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien el señor Fernández percibe una mesada pensional inferior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cierto es, que su pensión de jubilación fue causada con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual, no se presenta el segundo presupuesto para acceder a la mesada catorce.

Ahora bien, respecto a la mesada 13 se tiene que la misma ha sido reconocida en los términos legales, pues se encuentra demostrado que en la Resolución No. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018 (Fl. 74 vto.), por medio de la cual se reliquidó la pensión, la entidad demandada señaló, que *"en vista de que se generaron valores a favor del pensionado, esta ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, procederá a reconocer el pago junto con las mesadas adicionales, conforme a lo que en derecho corresponda."*

Por lo tanto, se evidencia en la referida documental que la entidad al reliquidar el retroactivo pensional desde el 1º de septiembre de 2013, reconoció por concepto de

mesada adicional la suma de \$12.556 m/cte., de lo que se colige que corresponde a la mesada adicional de diciembre o mesada 13.

De conformidad con el análisis que antecede, no hay duda que al demandante no le asiste el derecho reclamado, por lo tanto, el Despacho negará el reconocimiento y pago de las mesadas trece y catorce, por las anteriores consideraciones.

- **De la revocatoria directa.**

Mediante la Resolución No. 28426 del 27 de agosto de 2012, se efectuó la revocatoria directa del acto administrativo contenido en la Resolución No. 38732 del 26 de octubre de 2011, por medio del cual se reconoció una pensión de jubilación a favor del actor supeditada al retiro definitivo del servicio.

Por lo tanto, es menester dilucidar si dicha figura jurídica se adelantó en los términos del artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual señaló que un acto administrativo no podrá ser revocado salvo las excepciones que determine la ley sin el consentimiento previo, expreso y escrito del titular del derecho, no obstante, la autoridad respectiva podrá realizar un control de legalidad a su propio acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sin necesidad de acudir al requisito previo de la conciliación.

Así las cosas, no existe documental en el expediente que permita inferir a este recinto judicial que el señor Luis Carlos Fernández Cardozo haya autorizado de manera expresa y por escrito la revocatoria del acto administrativo contenido en la Resolución No. 038732 del 26 de octubre de 2011, por medio del cual se le reconoció una pensión de jubilación; pues la decisión de despojar al actor de su derecho pensional se tomó de manera unilateral.

Respecto a la revocación de los actos administrativos, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección B, en sentencia del 7 de mayo de 2015, expediente No. 2015-2040, accionante: Elsa Gilma Ortiz Pérez, accionado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, discurrió:

"(...)

*En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que los actos administrativos de contenido particular son irrevocables e inmutables, salvo que el titular del derecho manifieste su consentimiento de manera expresa y por escrito, para que la Administración procesa a su revocatoria. "Lo anterior como garantía del principio de seguridad jurídica, del respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas radicadas en cabeza de una persona, aunado a la presunción de legalidad de la que están revestidos esos actos, la cual sólo puede ser desvirtuada a través de la providencia judicial que decreta su nulidad. De esta forma igualmente se garantiza el derecho fundamental al debido proceso, en la medida en que se tiene la certeza de que la decisión no podrá ser modificada por la autoridad, sin el cumplimiento de las normas legales que regulan la materia"⁸.
(...)"*

Con base en la jurisprudencia en cita, se concluye que el Instituto del Seguro Social ahora Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, con la expedición de la Resolución No. 038732 del 26 de octubre de 2011, vulneró el debido proceso y el procedimiento previsto en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que revocó dicho acto administrativo sin el consentimiento del señor Luis Carlos Fernández Cardozo, omitiendo además controvertir la legalidad del acto administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad a lo dispuesto en la referida norma.

Así las cosas, dados los anteriores argumentos la resolución revocada reconoció el derecho pensional en atención a los presupuestos legales, por ende, la prestación debía ingresarse en nómina de pensionados desde el 1º de agosto de 2012, pues de conformidad a la Resolución No. 1988 del 7 de junio de 2012, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC aceptó la renuncia al cargo de Dragoneante código 4114 grado 11 (Fl.11).

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018, SUB 101575 del 17 de abril de 2018 y DIR 8786 del 8 de mayo de 2018, por medio de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones entre otras negó el reconocimiento y pago de la pensión a partir del 1º de agosto de 2012, resolvió un recurso de reposición y apelación, respectivamente.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, reconocer y pagar a

⁸ Sentencia T - 381 del 23 de mayo de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

favor del señor Luis Carlos Fernández Cardozo, una pensión de vejez a partir del **1º de agosto de 2012**, fecha a partir de la cual se deberá ingresar en nómina de pensionados.

De otra parte, si bien el actor posterior al retiro definitivo del servicio realizó cotizaciones como independiente y luego como empleado del sector privado, lo cual de conformidad a los hechos de la demanda se efectuó con el fin de contar con los servicios de salud y como mecanismo de subsistencia de él y de su familia, lo cierto es, que no es dable que el error de la administración al sustraerlo de su pensión de vejez, lo deba soportar el señor Fernández cuando ya tenía los requisitos pensionales, pasando por alto sus derechos a la seguridad social.

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:

De conformidad al anterior análisis la pensión de la parte actora se hizo efectiva a partir del 1º de agosto de 2012, no obstante, presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 8 de febrero de 2018 (Fls.68-70), superándose el término de 3 años, razón por la cual, las mesadas pensionales con anterioridad al 8 de febrero de 2015 se encuentran prescritas.

Bajo las anteriores consideraciones, se accederá parcialmente a 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 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 parcial nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. SUB 62452 del 5 de marzo de 2018, SUB 101575 del 17 de abril de 2018 y DIR 8786 del 8 de mayo de 2018, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 8 de febrero de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES a:

- Reconocer y pagar la pensión de vejez del señor Luis Carlos Fernández Cardozo, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.448.823 expedida en Bogotá D.C. a partir del **1º de agosto de 2012**, por las razones anteriormente expuestas.
- Ingresar en nómina la pensión del señor Luis Carlos Fernández Cardozo, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.448.823 expedida en Bogotá D.C. a partir del **1º de agosto de 2012**.

CUARTO: 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.

QUINTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin lugar a condena en costas.

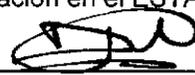
SÉPTIMO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO: 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 AVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 8 de mayo de 2019 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>029</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>





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

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 110013342-052-2018-00222-00
Demandante: RAFAEL ALBERTO LEAL CHAPPE
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 el señor LEAL CHAPPE 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 - CPACA, el actor actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 13-00/070 9594 del 23 de marzo de 2017, mediante el cual la entidad accionada, se pronunció respecto del derecho de petición por él presentado negando el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral y reglamentaria que presuntamente existió entre las partes.

Así mismo solicitó que se declarara que todo vínculo contractual que existió entre demandante y demandada constituye legal y reglamentaria en virtud de las funciones encomendadas, pues la administración solo pretendía dejar de pagar las prestaciones laborales.

Como consecuencia de la anterior que se ordene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, pagar en su favor, las diferencias salariales entre lo que percibía mensualmente y lo que recibía un auxiliar de enfermería de planta, así como todos los factores salariales y prestacionales que considera debió recibir como son las primas de servicios, de navidad y de vacaciones, así como las vacaciones remuneradas, cesantías con sus respectivos intereses, la bonificaciones, aportes a

salud, pensión y riesgos profesionales en el porcentaje que le correspondía a la entidad, caja de compensación familiar y demás prestaciones de ley.

Igualmente pretende que se condene a la demandada al reembolso de los descuentos tributarios y al pago de las indemnizaciones y sanciones a que haya lugar, además que las sumas respectivas sean debidamente indexadas y pagadas en los términos del artículo 192 del CPACA, junto con los intereses moratorios pertinentes, más las costas del proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 156) prestó sus servicios laborales para la ESE Hospital La Victoria III Nivel desde el 4 de abril de 2009 a través de órdenes de prestación de servicios elaborados unilateralmente por la demandada sin que le fuera permitido realizar ningún tipo de sugerencia, desempeñando funciones de AUXILIAR DE ENFERMERÍA hasta el 2 de abril de 2013 cuando renunció en forma voluntaria.

Agregó que el número de horas laboradas era de 180 mensuales cumpliendo un horario de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. de lunes a viernes y dos fines de semana al mes, sábado y domingo de 7:00 a.m. a 7:00 p. m., sin embargo los auxiliares de enfermería de planta devengaban un salario superior, con todas las prestaciones y beneficios como empleados públicos, además no tenía ninguna clase de autonomía, pues tenía que pedir permisos para retirarse de sus labores.

Seguidamente presentó una relación de los contratos suscritos por ella, indicando que la retribución que percibe (\$1.030.000.00) es ostensiblemente inferior a la asignada al cargo equivalente en la planta de personal, debiendo cancelar de su propio peculio la totalidad de los aportes a pensiones, EPS y ARL.

En virtud de tales circunstancias, señala que en julio de 2015 solicitó el pago de sus derechos laborales y prestacionales, lo cual fue denegado mediante el Oficio No. 842 – 1300 del 13 de agosto de 2015, recibido el 24 del mismo mes y año y posteriormente el 2 de marzo de 2017 solicitó el pago de sus prestaciones laborales, petición contestada a través del Oficio No. 13-00/070 9594 del 23 de marzo de 2017, recibido el 30 de marzo siguiente por lo que procedió a surtir el trámite de conciliación extrajudicial de manera infructuosa.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 43, 53, 95, 125, 127, 209 y 277 de la Constitución Política; las Leyes 4ª de 1990 (art. 8), 790 de 2002, 65 de 1946, Ley 50 de 1990, L. 100 de 1993, 10 de 1990 el Decretos 1250 de 1970, 1660 de 1978, 2400 de 1968, los Decretos 1950 de 1973, 1333 de 1986, 1582 de 1998, 1453 de 1998 entre otros.

Indicó que la Subred desconoce la normatividad aplicable y por el contrario aplica normas impertinentes, constituyendo así falsa motivación, pues se reúnen requisitos como son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador y el salario como retribución del servicio prestado, pasando por alto el principio de primacía de la realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 Constitucional, así como el derecho a la igualdad, pues se generó una evidente discriminación de los empleados de la entidad.

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

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 244 a 248), y refiriéndose frente a los hechos manifestó que el demandante no se encontraba sometido al cumplimiento de un horario, sino que lo que existió y existe es una relación de coordinación de las actividades a desarrollar por el contratista pues en algunos casos el cumplimiento de horario es solo la manifestación de una concertación contractual para cumplir el objeto del contrato.

Acorde con lo anterior se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de "CADUCIDAD DE LA ACCIÓN" teniendo en cuenta que entre la fecha de emisión del acto demandando y la fecha de radicación del proceso transcurrieron más de 4 meses, "PAGO" en el entendido de que se canceló al demandante la totalidad de lo pactado contractualmente, "INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN" pues dichos contratos no comportan la existencia de una relación laboral, "AUSENCIA DE VÍNCULO DE CARÁCTER LABORAL" ya que no se suscribió contrato laboral ni existe acto administrativo de nombramiento ni posesión.

"COBRO DE LO NO DEBIDO" como quiera que el actor como contratista independiente se afilió y realizó aportes al sistema de salud pretendiendo que ahora la entidad vuelva

a realizar el pago, "PRESCRIPCIÓN" toda vez que a la fecha de formular la reclamación administrativa ya habían transcurrido más de tres años frente a algunos de los contratos.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 13 de marzo de 2019 (Fl. 299), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la apoderada del extremo pasivo dentro de la oportunidad legal señaló que no hubo continuidad en la prestación del servicio por parte del contratista ya que se presentaron interrupciones entre los contratos, desvirtuando la vocación de permanencia como uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad y por ende la prescripción debe contabilizarse frente a cada uno de los contratos en cita.

Así mismo no se configuraron los elementos propios de una relación laboral pues no se probó que le fueran impartidas órdenes operativas, sino que los contratos eran ejecutados con plena autonomía e independencia, luego no se demostró la subordinación que supone más que la fijación de un horario de trabajo, en consecuencia no existió la relación laboral que reclama el actor.

Por su parte el extremo accionante guardó silencio, al igual que el Ministerio Público quien 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: 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.

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 16 de noviembre de 2018 (Fls. 266 a 269), se fijó el litigio en establecer si le asiste el derecho a la parte actora a que se reconozca la existencia de un vínculo laboral con la entidad accionada y consecuente con ello, se le paguen las diferencias prestacionales reclamadas por la actora de conformidad con el cargo desarrollado, esto es, auxiliar de enfermería a partir del 4 de abril 2009 hasta el 22 de abril de 2013, tiempo que prestó sus servicios personales en dicha entidad, previa declaratoria de nulidad del acto administrativo objeto de litigio.

3. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES: Fueron aportadas y recaudadas como tal las siguientes:

- PRUEBAS DOCUMENTALES

- a. Escrito radicado en ejercicio del derecho de petición el 28 de julio de 2015, mediante el cual el actor solicitó el pago de las diferencias salariales y de las prestaciones a las que aduce tener derecho (fl. 5-6).
- b. Oficio No. 6884 del 13 de agosto de 2015 mediante el cual el Hospital la Victoria, tras relacionar las ordenes de prestación de servicios, denegó la existencia de una relación laboral, se pronunció frente a los hechos formulados en tal petición e indicó que no era viable realizar el pago de ninguna prestación (fl. 7-9).
- c. Solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales y/o acreencias laborales radicada nuevamente el 2 de marzo de 2017 (Fl. 10-12).
- d. Oficio No. 13-00/070 9594 del 23 de marzo de 2017 mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE se pronunció respecto de la petición referida en el numeral anterior de manera negativa, reiterando que la relación que vinculó al actor con dicha entidad fue netamente contractual y no laboral, comunicación que es objeto de litigio (fls. 13-17).
- e. Certificación de los contratos celebrados por la demandada con la accionante (fl. 20).

- f. Copias de las órdenes de prestación de servicios suscritas entre el demandante y el Hospital la Victoria III ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE y sus respectivas prórrogas (fl. 21-78)
- g. Copias de comprobantes de pago de honorarios (fls.79-119)
- h. Copias de los comprobantes de consignación de planilla asistida (fls. 120-134)
- i. Copia del Manual de Funciones para el cargo de Auxiliar de Enfermería vigentes entre 2009 y 2013 (fl. 278 A 281 y 287).

- PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaraciones rendidas el 27 de febrero de 2019, por los testigos Juan de Jesús Caro, Misael Alberto Peñuela Bejarano, así como por el Demandante Rafael Alberto Leal Chappe (Fls. 295 a 296), las cuales se encuentran en medio magnético obrante a folio 297 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 *ibidem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

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

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

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.

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 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

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.

permanentes, disposiciones normativas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009 en la cual el Alto 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." (Negritas 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.” (Negritas fuera de texto).

Dicha postura fue ratificada por el Alto Tribunal mediante la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, el 26 de abril de 2018, dentro del proceso con radicación número: 66001-23-33-000-2013-00166-01(3917-14), en la cual señaló:

“Y, al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997,³ precisó la disparidad entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral: la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo, y, además, determinó que «el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que [...] 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

³ Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

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»." (Subrayas fuera de texto)

De conformidad con los precedentes jurisprudenciales transcritos, se debe demostrar la existencia de los requisitos referidos a fin de determinar si el desempeño del contratista se da 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, el señor RAFAEL ALBERTO LEAL CHAPPE, a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 13-00/070 9594 del 23 de marzo de 2017, 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 el accionante tiene derecho a lo pretendido es menester corroborar si en los contratos de prestación de servicios que celebró con la demandada y su respectiva ejecución, se acredita o no la existencia de los tres elementos de la relación laboral, pues 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 Política⁴, 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.

⁴ 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.

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 el demandante prestó sus servicios a la ESE Hospital La Victoria 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 que, según aduce, corresponden al cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA o equivalente en la planta orgánica de la institución, desde el 4 de abril 2009 hasta el 22 de abril de 2013, todo lo anterior conforme a la documental obrante en el expediente y en especial a la constancia en la que se relacionan los contratos celebrados por la demandada con el accionante (fl. 20).

Los aludidos contratos de prestación de servicios y sus diferentes prórrogas obra copia a folios 21 a 78 del plenario, como sigue:

TIPO	No.	CARGO	INICIO	TERMINACION	Prueba fl.	Difer. Dias
Contrato	677	Auxiliar de enfermería	29-abr-09	31-may-09	21	
Acta	001	Adición y prórroga	1-jun-09	30-jun-09	24	
Acta	002	Adición y prórroga	1-jul-09	31-jul-09	25	
Acta	003	Adición y prórroga	1-ago-09	31-ago-09	26	
Acta	004	Adición y prórroga	1-sep-09	30-sep-09	27	
Contrato	1051	Auxiliar de enfermería	1-oct-09	14-oct-09	28-29	
Prórroga	001	Adición y prórroga	15-oct-09	21-oct-09	32	
Prórroga	002	Adición y prórroga	22-oct-09	31-oct-09	33	
Prórroga	003	Prórroga	1-nov-09	15-nov-09	34	
Adición	004	Adición	11-nov-09		35	
Prórroga	005	Adición y prórroga	16-nov-09	30-nov-09	36	
Prórroga	006	Adición y prórroga	1-dic-09	31-dic-09	37	
Prórroga	007	Adición y prórroga	1-ene-10	10-ene-10	38	
Contrato	231	Auxiliar de enfermería	11-ene-10	31-mar-10	39-42	
Acta	001	Adición y prórroga	1-abr-10	30-abr-10	43	
Acta	002	Adición y prórroga	1-may-10	31-may-10	44	
Acta	003	Adición y prórroga	1-jun-10	30-jun-10	45	
Acta	004	Adición y prórroga	1-jul-10	31-jul-10	46	
Acta	005	Adición y prórroga	1-ago-10	31-ago-10	47	
Acta	006	Adición y prórroga	1-sept-10	30-sept-10	48	
Acta	007	Prórroga	1-oct-10	31-oct-10	49	
Acta	008	Adición			50	

Acta	009	Adición y prórroga	1-nov-10	30-nov-10	51
Acta	010	Adición y prórroga	1-dic-10	25-dic-10	52
Acta	011	Adición y prórroga	26-dic-10	31-dic-10	53
Contrato	265	Auxiliar de enfermería	1-ene-11	28-feb-11	54-57
Acta	001	Adición y prórroga	1-mar-11	31-mar-11	58
Acta	002	Adición y prórroga	1-abr-11	31-may-11	59
Acta	003	Adición y prórroga	1-jun-11	31-jul-11	60
Acta	004	Adición y prórroga	1-ago-11	31-ago-11	61
Acta	005	Adición y prórroga	1-sep-11	30-sep-11	62-63
Acta	006	Adición y prórroga	1-oct-11	31-oct-11	64
Acta	007	Adición y prórroga	1-nov-11	30-nov-11	65
Acta	008	Prórroga	1-dic-11	31-dic-11	66
Acta	009	Adición			67
Contrato	152	Auxiliar de enfermería	1-ene-12	30-abr-12	68-71
Acta	001	Adición y prórroga	1-may-12	31-ago-12	72
Acta	002	Adición y prórroga	1-sep-12	30-sep-12	73
Acta	003	Adición y prórroga	1-oct-12	31-oct-12	74
Acta	004	Adición y prórroga	1-nov-12	30-nov-12	75
Acta	005	Adición y prórroga	1-dic-12	31-dic-12	76
Contrato	451	Auxiliar de enfermería - 2	1-ene-13	31-mar-13	77
Acta	001	Adición y prórroga	1-abr-13	30-abr-13	78

De lo anteriormente relacionado se tiene que el demandante prestó sus servicios en el Hospital La Victoria actualmente Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, durante algo más de 4 años mediante contratos de prestación de servicios⁵, desde su vinculación el 4 de abril 2009 hasta el 22 de abril de 2013, sin que se advierta la configuración de interrupción alguna.

En punto de lo anterior, resulta oportuno precisar que aun cuando la entidad demandada manifestó en sus alegaciones finales que existió interrupción de los contratos, desvirtuando así la vocación de permanencia, lo cierto es que conforme a la relación que elaborada por el Despacho en precedencia, se observa que no existieron las interrupciones invocadas, razón por la que dicho argumento se encuentra desvirtuado.

- Remuneración

De conformidad a los contratos de prestación de servicios objeto de prueba del presente asunto y que se relacionaron con anterioridad, además de los comprobantes

⁵ De los cuales obra copia, tanto en los folios del expediente relacionados, como en archivos digitales contenidos en el CD que obra a folio 258 del plenario.

de pago en los que consta los diferentes pagos efectuados al demandante (fls. 79 a 119), se evidencia que el extremo pasivo efectuó el pago mensual al señor LEAL CHAPPE por los servicios prestados en los diferentes periodos que se desempeñó.

- **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 advierte que los mismos contienen algunas cláusulas de la que se podría inferir algún tipo de dependencia reglamentaria y cumplimiento de horario, como en algunos de los numerales de la cláusula QUINTA "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA", al señalar:

"15. Garantizar el cubrimiento permanente de los servicios asignados. Una vez sea entregada la programación y recibidos por cualquier medio por el CONTRATISTA los turnos se obliga a cumplir con los mismos. (...) 17. Asistir a las reuniones funcionales de su servicio. 18. Portar el carné del Hospital durante la prestación del servicio. (...) 21. Recibir y entregar turno, cuando proceda. 22. No dejar descubiertos los servicios asignados, lo cual puede generar falla en la atención (...)" (fls. 21 y 22)

De otra parte, en tales contratos se estipuló que el pago de los honorarios al actor previa presentación de las cuentas de cobro respectivas, acompañadas de la certificación de cumplimiento emitidas por el supervisor del contrato, entre otros documentos.

Adicionalmente, como cláusula de los contratos se estableció la supervisión o interventoría en los siguientes términos o similares:

"CLAUSULA DECIMASEXTA.- INTERVENTORIA DE LA ORDEN: El control sobre la ejecución y cumplimiento de la presente orden será ejercido por EL HOSPITAL a través del SUBGERENTE DE SERVICIOS DE SALUD del hospital" (fl. 2)

En virtud de las cláusulas citadas, la supervisión o interventoría por parte de la entidad demandada a través de un Supervisor, en la ejecución de cada uno de los contratos celebrados con la demandante, podría llegar a denotar sujeción o dependencia de su parte frente a tal entidad.

En adición a lo anterior, si bien la entidad consagró cláusulas del siguiente tenor ***"VIGESIMA PRIMERA- EXCLUSION DE RELACION LABORAL: EL CONTRATISTA ejecutará el Objeto de esta Orden con total autonomía y el cumplimiento de las obligaciones surgidas con la presente Orden presente orden, NO GENERA RELACION LABORAL con EL HOSPITAL ya que a pesar de cumplir turnos o actividades programadas, ello por sí mismo no puede suponer o entenderse como subordinación laboral de alguna índole, toda vez que se trata de la organización mínima a fin de***

garantizar la debida atención a los clientes.”⁶, lo cierto es que para esta instancia judicial se encuentra demostrado que el actor 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.

Se arriba a tal conclusión, tras analizar los testimonios recaudados, como es el del señor JUAN DE JESÚS CARO, quien indicó laborar en el Hospital de la Victoria desde julio de 2002 como camillero del servicio de urgencias de pediatría y conoció al actor aproximadamente en el año 2009 cuando ingresó a laborar a la misma entidad, conociéndolo como auxiliar de enfermería nocturno (Record: 7:45) y agregando (Record 9:48) que en la época en que estuvo vinculado el actor, conoció auxiliares de enfermería de planta como son Beatriz Bastidas, la Jefe Deisy Gómez.

Así mismo refirió el deponente (Record: 10:26) en torno al horario en que laboraba, que los auxiliares de enfermería del turno de noche laboraban 12 horas, de 7 de la noche a 7 de la mañana día intermedio, turnos corridos, precisando que *“hay una diferencia entre ellos los de contratación, nunca tienen compensatorios ni nada, nosotros si tenemos compensatorios y libres”*; al indagar sobre quien fija esos horarios indicó que (11:05) *“ese horario nos salía por un listado que nos daba la coordinación de enfermería”*, al preguntarle si el actor tenía la facultad de cambiar el horario que le era asignado por otro que fuera de su conveniencia o parecer personal, indicó *“No, tengo entendido que ellos no pueden cambiar el horario sino el que le asignan allá”*.

Frente a la existencia de un funcionario que controlara el cumplimiento de horario al actor y si le hacían llamados de atención por llegar tarde, manifestó que (record 13:09) *“si esto lo hacen no solo con el sino con los diferentes compañeros de que tienen que cumplir el horario y si no les descuentan las horas... las que llegan tarde, lo hacía coordinación de enfermería”*

En similar sentido declaró el señor MISAEAL ALBERTO PEÑUELA BEJARANO, quien tras referir las labores que desempeñaba indicó (Record 37:37) que el demandante no podía objetar las cláusulas del contrato o sugerir alguna nueva y refirió igualmente los horarios en los que debía laborar el actor, el cual *“estaba estipulado en el contrato y según la jefe, las funciones las definía la Jefe Patricia”*; además que (44:15) *“los empleados de planta tienen un promedio semanal de 44 horas semanales el*

⁶ Ver a folio 22 del plenario el contenido clausular transcrito, el cual se incluyó en similares términos en todos los contratos subsiguientes.

trabajador de OPS no, muchas mas (...) por ejemplo si están haciendo 12 horas deben quedarse 6 horas más y si no lo hacen ya era motivo de despido”, frente a la posibilidad de hacer cambios de turno señaló el declarante que (46:48) los cambios de turno se podían hacer con alguien de planta o con uno de contrato, pero se podía hacer por tiempo.

Respecto de la existencia de funcionarios de la demandada que le impartieran al demandante ordenes o directrices sobre sus labores diarias señaló el señor JUAN DE JESÚS CARO que *“La enfermera jefe del servicio que esté, es la que da la orden de las actividades que debe realizar”*, por lo que se le indagó si había alguna diferencia entre las labores cumplidas por los auxiliares de enfermería de planta del Hospital y las que ejecutaba el demandante, frente a lo cual indicó *“eran las mismas funciones”* (16:10) precisando que es diferente lo que percibía el actor a lo que recibían los funcionarios de planta, pues estos *“recibían primas, recargos nocturnos y todas estas otras arandelas”*; igualmente al preguntarle si el demandante tenía la potestad de ir o no a cumplir con las jornadas, señaló que no.

A dicho testigo se le preguntó sobre los implementos que utilizaba el actor y de propiedad de quien eran, frente a lo cual manifestó que respecto de la dotación, eran los funcionarios quienes debían comprar su propia dotación y al indagarle sobre la razón por la que el demandante no continuó laborando con la entidad demandada señaló (20:25) *“si Rafael una vez me comento por ahí que había tenido un inconveniente porque falleció el papa y no le pagaron, le descontaron los tres días de calamidad que le daban entonces”* asegura no saber si fue la razón precisa para no continuar laborando pero que si le había generado disgusto tal situación.

Respecto de los implementos utilizados por el demandante se le indagó también al señor PEÑUELA BEJARANO, quien respondió que *“dotación no le daban, él tenía que comprarlas, tapa boca y guantes si los proveía la institución”*

Tales declaraciones guardan coherencia con lo manifestado por el accionante en el interrogatorio que de manera oficiosa decretó el Despacho, oportunidad en la que aquél frente al tema de la jornada de trabajo señaló que el mismo habría sido fijado desde el primer contrato aunque en algunas ocasiones por circunstancias personales se hacía necesario realizar cambio de turno *“pero con el aval”* del Departamento de Enfermería, aclarando que para saber si el turno había sido cambiado *“eso se sabía*

en el momento que, a veces se llevaba un formatico para cambio de turno y si era premura siempre se hacía con el aval de la jefe".

Frente al uniforme refirió que (R. 1:17:45) *"el uniforme de enfermería para el contrato que yo tenía, teníamos que comprarlo nosotros mismos, no decía en que almacén ni nada, pero la jefe siempre decía que preferiblemente blanco, para el trabajo que se realiza en enfermería, siempre lo comprábamos nosotros mismos incluyendo zapatos que debían ser siempre blancos",* aclarando que no podía utilizar otro tipo de vestimenta sino camisa y pantalón preferiblemente blancos.

Al indagarle sobre el inconveniente que tuvo al momento del fallecimiento de su padre, indicó que en su oportunidad (R. 1:20:20) *"la jefe inmediata que tenía en el servicio se enteró y le comenté también a la jefe del Departamento, ella me dijo que tenía 3 días de calamidad, en ningún momento pues, no sabía que eran descontados, días después cuando llegué me enteré que iban a ser descontados lo que me generó mal genio, de todo".*

Se le preguntó al declarante si les hacían reuniones de capacitación en horario diferente al horario de turno establecido, a lo cual señaló que si, indicó que (Record: 1:22:19) *"a veces salíamos a las 7 de la mañana a entregar turno y había un auditorio en el sótano a veces nos citaban allá para comentarnos diferentes cosas del Hospital o informarnos por ejemplo sobre toma de muestras o cosas de estas",* respecto de las consecuencias de no asistir a tales reuniones señaló que *"lo ideal era que todos los que prestábamos los servicios asistiéramos a esas reuniones para saber que iban a hacer o como se realizaban ciertos procedimientos";* por último, frente a la distribución del trabajo manifestó que (1:23:33) *"todo esto lo coordinaba el departamento de enfermería ella con listado en mano distribuía y con este listado decía como, a Rafael esta semana le toca en reanimación, esta semana en pasillo y así"*

Así las cosas, resulta oportuno destacar que de las declaraciones rendidas se puede extraer que el señor RAFAEL ALBERTO LEAL CHAPPE: (i) Trabajó al servicio del Hospital La Victoria, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE; (ii) Prestó sus servicios como AUXILIAR DE ENFERMERÍA bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios; y que (iii) Recibía órdenes del jefe inmediato respectivamente y actuaba bajo los lineamientos de emitidos por aquél.

De las declaraciones que preceden se extrae que el actor cumplía con un horario de trabajo de 12 horas, día intermedio, que cumplía órdenes de un superior y que las funciones a él asignadas son las mismas y/o muy similares a las designadas a quienes ocupaban los cargos de planta que contaban con la misma denominación.

En tal sentido, para este Estrado judicial se refleja igualmente la subordinación y dependencia del Hospital La Victoria ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE sobre las funciones del accionante, circunstancia que a todas luces desvirtúa la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte del señor LEAL CHAPPE, luego se encuentra comprobada la verdadera existencia de una relación laboral entre él 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 No. 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. (...)"

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, el actor 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, resulta oportuno tener en cuenta que para la época en que el actor estuvo vinculado a la entidad demandada, esto es del 4 de abril de 2009 hasta el 2 de abril de 2013, mantuvo vigencia el Acuerdo No. 017 del 15 de septiembre de 2005 "Por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de Planta de Personal del Hospital La Victoria III Nivel Empresa Social del Estado", expedido por la Junta Directiva del Hospital La Victoria III Nivel ESE, mediante el cual se ajustó el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del referido Hospital (Contenido como archivo digital en el CD visible a folio 287), y en el que, entre otras disposiciones se estableció:

"MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES	
Nivel Jerárquico	Asistencial
Denominación del Empleo:	Auxiliar Area Salud
Código:	412
Grado:	17
No. de cargos	Ciento treinta y siete (137)
Dependencia	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato:	Quien ejerza la supervisión Directa

III. PROPÓSITO PRINCIPAL

*Auxiliar de Enfermería
Ejecutar el plan de cuidado de enfermería a través de conocimiento técnico al individuo familia y comunidad mediante la prestación oportuna y eficiente del servicio con el fin de contribuir al cumplimiento de los objetivos del área.*

IV. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES

(GENERALES PARA TODAS)

- 1. Controlar los signos vitales de cada uno de los pacientes asignados con la periodicidad requerida según orden médica, registrando en el formato adecuado las cifras obtenidas.*
- 2. Asistir en la alimentación a los pacientes asignados conservando las precauciones establecidas según el caso.*
- 3. Realizar el control de líquidos administrados y eliminados registrando en forma oportuna y adecuada los resultados.*
- 4. Mantener limpio y en orden la Unidad de los pacientes asignados durante el turno y la*

estancia del paciente.

5. Diligenciar registros de las actividades realizadas, sin tachones, enmendaduras, letra legible, tinta indeleble, consignando el nombre completo y legible y la hora militar.
6. Revisar las historias clínicas de los pacientes asignados conociendo su evolución diaria.
7. Realizar el aseo semanal según asignación.
8. Realizar el arreglo de cadáver según normas institucionales
9. Informar al médico tratante sobre los cambios del estado clínico de los pacientes en forma oportuna y adecuada.
10. Mantener organizada las Historias Clínicas de conformidad con el Manual de Historias Clínicas vigentes para la institución.
11. Mantener los inventarios generales actualizados, particularmente del carro de paro, a través del diligenciamiento del libro asignado para ésta labor, con registros claros y legibles.
12. Avisar de inmediato, en forma escrita, a la Enfermera Jefe sobre cualquier daño, pérdida o irregularidad que se presente en los equipos del área de trabajo.
13. Mantener en orden, limpios y dar buen uso a equipos y elementos del área de trabajo.
14. Mantener buenas relaciones inter personales con los familiares y el grupo de trabajo.
15. Cumplir con la asignación realizada y las normas administrativas de las Unidades Estratégicas de Negocio.
16. 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).
17. Cumplir las normas institucionales del Comité de Epidemiología (lavado de manos antes y después del manejo de pacientes, técnica aséptica, normas de bioseguridad, medidas de aislamiento, aseo de unidades, desinfección de equipos, etc.).
18. Asistir al profesional que realiza procedimientos especiales.
19. Realizar y registrar e informar al enfermero y/o médico tratante las glucometrías practicadas.
20. Prever posibles accidentes o incidentes en el sitio de trabajo con relación al paciente, teniendo en cuenta los dispositivos para ello.
21. Asistir a las capacitaciones programadas por cada una de las Unidades Estratégicas de Negocios y externos a la institución aplicando la normatividad a cada uno de los servicios.
22. Apoyar la labor del grupo de Salud Ocupacional cumpliendo las normas de bioseguridad, medidas de prevención de accidentes laborales y manejo de desechos.
23. Realizar las curaciones de los pacientes asignados. 24. Colaborar con los programas docente-asistenciales al interior de la Institución.
25. Participar en las evaluaciones de guías de manejo de Enfermería.
26. Realizar distribución de las basuras de acuerdo a los protocolos de salud ocupacional y gestión ambiental.
27. Verificar los datos del control de la transfusión vs componente entregado.
28. Actualizar los procesos y procedimientos inherentes a su cargo.
29. Aplicar el control interno sobre las funciones propias de su cargo.
30. Realizar la segregación y/o clasificación de los desechos peligrosos y no en cumplimiento a la Normatividad vigente para la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares en Colombia.
31. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del empleo y área de desempeño.

ÁREA DE CUIDADO INTERMEDIO

1. Monitorizar permanentemente a los pacientes de cuidado intensivo, registrando cualquier cambio clínico (hipertermia, hipotermia, infiltración de líquidos endovenosos, dificultad respiratoria, taquicardia, vómito, v distensión abdominal, etc.)
2. Participar activamente en la adaptación neonatal al plan canguro, binomio madre e hijo.
3. Realizar educación continuada en aspectos relacionados con lactancia materna.
4. Participar como mínimo en dos sesiones de actualización anuales extra murales.
5. Recoger los frascos de leche materna entregados por las madres de los pacientes asignados, rotulando el frasco con: número de cama, nombre de la madre y hora de recolección.
6. Colaborar activamente en la realización de procedimientos especiales como paso de catéter central, intubación orotraqueal, paso de tubo de tórax, etc.
7. Organizar elementos médicos quirúrgicos para la realización de procedimientos que(...)."

V. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES- CRITERIOS DE DESEMPEÑO

El plan de cuidado de enfermería se logra de acuerdo a la valoración física y psicológica

del usuario y de sus necesidades.

La Participación activa en la elaboración y la actualización de guías, procesos y procedimientos permite mejorar la calidad de atención de enfermería que se brinda al usuario.

La elaboración de todos los registros de manera clara y detallada, minimiza el riesgo de tipo medico legal y facilita la revisión para la facturación en caso de necesidad.

El adecuado control de insumos permite el logro de la eficiencia del servicio.

La información completa y adecuada al paciente y su familia contribuye a la disminución de reingreso hospitalario.

La información sobre cambios de asignación de camas a los usuarios contribuye a la elaboración de censos reales y permite una facturación ágil.

VI. CONOCIMIENTOS BASICOS O ESENCIALES

Sistema de seguridad social en salud.

Ley 909 de 2004

Conocimientos de las guías, protocolos, procesos y procedimientos institucionales.

Conocimiento sobre capacidad instalada y portafolio de servicios de la entidad.

Conocimiento en la detección de necesidades de capacitación de personal a cargo.

Conocimientos competentes del arrea a desempeñar

VI. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA

Título de auxiliar de enfermería de un instituto certificado.

Certificación de inscripción expedido por la Secretaria Distrital de Salud.

Dos(2) años de experiencia relacionada con las funciones del cargo.

Acorde con lo anterior, a folios 28 a 78 del plenario, obran las copias de los contratos suscritos con el actor, en los cuales se establecen las funciones específicas a desempeñar como Auxiliar de Enfermería, entre las cuales, se indicaron las siguientes:

2) ACTIVIDADES ESPECIFICAS, OBLIGACIONES Y/O PRODUCTOS DE CONTRATISTA : En cumplimiento del objeto descrito anteriormente, se considera necesario el desarrollo de las siguientes actividades:

1. Participar activamente en el recibo y entrega de turno en forma detallada a cada uno de los pacientes hospitalizados. Verificando el inventario de los equipos realizando el respectivo registro.
2. Controlar los signos vitales de cada uno de los pacientes asignados con la periodicidad requerida según orden medica y de la Enfermera registrando en el formato correspondiente.
3. Orientar y preparar a los pacientes para exámenes diagnósticos de acuerdo con las guías de manejo y tecnología requerida Según normas establecidas para cada procedimiento.
4. Asistir a sus pacientes en las actividades diarias según la asignación y protocolos establecidos en la institución aplicando la técnica aséptica y normas de bioseguridad en todos los procedimientos que se realizan.
5. Identificar las necesidades del paciente ejecutando el plan de cuidado diario de enfermería.
6. Realizar actividades propias del cuidado de enfermería previniendo eventos adversos como caídas, úlceras de presión, quemaduras, pérdida de elementos de los usuarios, fuga de pacientes, errores en la administración de medicamentos y otros.
7. Notificar inmediatamente los eventos adversos ocurridos a sus pacientes al medico de turno, jefe inmediato, subgerencia de servicios de salud.
8. Informar a la enfermera jefe del servicio sobre los cambios del estado clínico de los pacientes, en forma oportuna y adecuada.
9. Revisar las historias clínicas de los pacientes asignados conociendo su evolución diaria, tratamiento para realizar el plan de Cuidado de enfermería integral del paciente.
10. Mantener limpio y ordenado la unidad de los pacientes asignados durante el turno.
11. Realizar registros clínicos en forma oportuna, diligenciando todas las casillas correctamente, identificando en dicho registro, todos los pacientes asignados.
12. Brindar atención integral a los pacientes y familiares.
13. Generar actitudes y prácticas saludables, fortaleciendo el trabajo en equipo.
14. Avisar de inmediato a la enfermera jefe, sobre cualquier daño, pérdida o irregularidad que se presente en los equipos del área de trabajo.
15. 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).
16. Asistir a las capacitaciones programadas por la institución y la coordinación de enfermería.
17. Responder por los inventarios conservación y uso adecuado de los equipos elementos e insumos entregados al servicio.
18. Devolver a la cancelación del contrato los bienes entregados (equipos, uniformes) para el desarrollo de las actividades contractuales.
19. Mantener organizadas las historias clínicas de conformidad con el manual de historias clínicas vigentes para la institución.
20. Dar indicaciones y recomendaciones sobre medicación, cuidados, citas médicas y controles al egreso del paciente.
21. Clasificar los desechos hospitalarios y peligrosos de acuerdo a la normatividad vigente.

Como se observa, el demandante debía efectuar las mismas labores y en idénticas condiciones a los Auxiliares de Enfermería que hacían parte de la planta de personal de Hospital La Victoria III Nivel ESE.

No obstante lo anterior, no es dable concluir que por existir una relación laboral entre las partes el demandante adquiere la calidad de empleado público propiamente dicho, 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 el señor RAFAEL ALBERTO LEAL CHAPPE, circunstancia que obtiene mayor respaldo probatorio con las declaraciones testimoniales recepcionadas el pasado 25 de enero de 2019, cuya grabación está contenida en el CD que obra a folio 285 del plenario.

Bajo las anteriores consideraciones, se reitera entonces que entre el señor RAFAEL ALBERTO LEAL CHAPPE y la entidad demandada, 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"*⁷; 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:

⁷ Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso No. 680012331000200900636 01

“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”.

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 el actor prestó sus servicios de manera continua e ininterrumpida desde el periodo comprendido entre el 4 de abril de 2009 y el 30 de abril de 2013, fecha en que finalizó el último contrato de prestación de servicios que corresponde al No. 451 de 2013 (ver fl. 78), de conformidad a los contratos obrantes en el expediente y a la certificación expedida por la Directora de Contratación de la entidad demandada, obrantes a folios 20 a 78 del expediente.

Así las cosas, se advierte que la parte actora tenía hasta el 30 de abril de 2016, para reclamar la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, sin perjuicio de que en cualquier tiempo podía reclamar los aportes para pensión, por tratarse de un derecho pensional imprescriptible.

Entonces, revisadas las documentales obrantes en el expediente se logró demostrar que la actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 28 de julio de 2015 solicitando el pago de sus derechos laborales y prestacionales, al igual que los aportes pensionales, lo cual fue denegado mediante el Oficio No. 842 – 1300 del 13 de agosto de 2015, recibido el 24 del mismo mes y año (Fl. 3), por lo cual queda demostrado que no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por el 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 y que posterior a ello, tampoco se completaron los 3 años con lo que contaba para presentar la demanda, lo que ocurrió el 18 de agosto de 2017 (fl. 179).

Al respecto vale precisar, que se tienen en cuenta las anteriores actuaciones para efectos de la contabilización de los términos tanto de prescripción y caducidad, toda vez que fue con tal petición que el actor provocó el pronunciamiento de la entidad del 13 de agosto de 2015, acto administrativo mediante el cual se definió su situación jurídica, luego es el acto principal y definitivo que es susceptible de control jurisdiccional, sin perjuicio de que con posterioridad haya formulando nueva petición en el mismo sentido el 2 de marzo de 2017, la cual fue contestada a través del Oficio No. 13-00/070 9594 del 23 de marzo de 2017, situación que en modo alguno tiene la virtualidad de revivir términos ya fenecidos.

Ahora, no sobra señalar, que ello no estructura en sentido estricto una ineptitud de demanda y por ende en la oportunidad procesal pertinente no se declaró así, pues dentro de las peticiones impetradas se incluyó la reclamación de los aportes para pensión, que como se indicó antes constituyen un derecho pensional imprescriptible, lo que le permitía al accionante solicitarlo en cualquier tiempo.

Caducidad de la acción respecto de las prestaciones sociales reclamadas por el demandante

La caducidad es el fenómeno jurídico en virtud del cual una persona pierde la oportunidad de exigir un derecho ante la Jurisdicción cuando ha dejado transcurrir el tiempo para interponer las acciones establecidas en la Ley.

Al respecto, 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 carga⁸ 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."

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 164 numerales 1°, 2° y 3° establece la oportunidad para demandar o los términos de caducidad dependiendo de la naturaleza de las pretensiones.

En el caso bajo estudio, se analizarán lo dispuesto en los literales c) del numeral 1° y c) del numeral 2° ibídem, que establecen:

"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)

2. 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;

(...)"

⁸ "(...) 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Juzgado procede a analizar si es factible declarar la caducidad del presente medio de control total o parcialmente.

El accionante, solicita se declare la existencia de un contrato realidad por configurarse los tres elementos constitutivos de una relación laboral y en consecuencia se ordene al pago de los salarios legales y derechos laborales pagados a un AUXILIAR DE ENFERMERÍA para el periodo comprendido entre el 4 de abril de 2009 y el 2 de abril de 2013, así como la cancelación de las prestaciones y factores salariales (cesantías, intereses a las cesantías, sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y compensación en dinero de las vacaciones) y de los aportes en salud y pensión que le correspondían efectuar a la entidad accionada como empleadora por el mismo periodo antes señalado.

Conforme a las pretensiones de la accionante es necesario hacer las siguientes precisiones:

El Consejo de Estado en sentencia de unificación sobre el contrato realidad proferida el 25 de agosto de 2016 estableció una diferencia tangencial entre las prestaciones sociales y salariales y las prestaciones periódicas (cotización al Sistema General de Pensiones), esto para poder determinar desde cuando se empieza o no a contabilizar el término de prescripción y de caducidad según el caso.

Así, estableció que las prestaciones sociales y salariales al ser pagadas por una única vez son susceptibles de la ocurrencia del fenómeno de la prescripción contado a partir de la terminación del último contrato de prestación de servicios, por tener estos el carácter de emolumentos económicos de carácter temporal, razón por la cual de igual forma se encuentran sometidos al cumplimiento de los términos señalados en la Ley para demandar so pena de la configuración de la caducidad.

En cambio, las cotizaciones al Sistema General de Pensiones no son susceptibles de la ocurrencia de los fenómenos jurídicos de la prescripción y caducidad por ser prestaciones periódicas y de tracto sucesivo, motivo por el cual, igualmente, no le es exigible al interesado acreditar el agotamiento de la conciliación prejudicial.

Para mayor claridad, se pasa a leer algunos apartes de la sentencia del 25 de agosto de 2016 en mención:

(...)

Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo. Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial.” (Negrillas fuera del texto original)

En ese orden de ideas, se concluye que en tratándose de los contratos realidad las prestaciones sociales y salariales son susceptibles de la ocurrencia de los fenómenos jurídicos de prescripción y caducidad, mientras que las cotizaciones a pensión al sistema integral de seguridad social no les son aplicables en ocasión a su naturaleza periódica, imprescriptible y de tracto sucesivo por lo cual podrán solicitarse a la administración sin límite de tiempo.

En el caso bajo estudio se reitera que se encuentra probado que (i) el último contrato de prestación de servicios entre la accionante y la entidad demanda fue terminado el 30 de abril de 2013 (fl.20); (ii) la actora en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante el sujeto pasivo el 28 de julio de 2015 en el cual solicitó el pago de los emolumentos dejados de percibir en ocasión a la existencia de un contrato realidad (fls.4-6); (iii) Que la demanda a través del Oficio No. 842 – 1300 del 13 de agosto de 2015, negó la anterior petición bajo el fundamento que entre la accionante y la entidad no existió una relación laboral (fl.7-9); (iv) el sujeto activo elevó una nueva petición el 2 de marzo de 2017 a través del cual reiteró la petición de reconocimiento de las sumas dejadas de percibir en ocasión a la configuración de un contrato realidad (fls 10-12) y; (v) la demandada mediante el Oficio No. 13-00/070 9594 del 23 de marzo de 2017, negó la anterior petición reiterando que entre los extremos procesales no existió una relación laboral (fls.13-17).

En ese orden de ideas, el Juzgado arriba a las siguientes conclusiones:

- Conforme se expuso, el accionante en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicita que previa declaratoria de la existencia de un contrato realidad se ordene al pago de los salarios y prestaciones

laborales pagadas a un auxiliar de enfermería, pretensiones que debían presentarse dentro de los 4 meses siguientes al acto administrativo que las negó, esto es, el Oficio No. 842 – 1300 del 13 de agosto de 2015 que como se indicó antes fue el que definió su situación jurídica.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que el mismo fue recibido el 24 de agosto del mismo mes y año, podía interponer la demanda correspondiente hasta el 24 de diciembre de 2015, o en su defecto al siguiente día hábil que debió ser el 12 de enero de 2016⁹; sin embargo, la misma fue radicada el 18 de agosto de 2017 (fl. 179), esto es de manera extemporánea al término señalado en el artículo 164 numeral 2° literal d) de la Ley 1437 de 2011, dando lugar al fenómeno jurídico de la caducidad.

- En cuanto a la pretensión de reconocimiento y pago de los aportes al Sistema General de Pensiones, por ser un derecho imprescriptible, de tracto sucesivo y periódico que ineludiblemente tendrá repercusión en el eventual reconocimiento de una pensión de jubilación no hay lugar a declarar la caducidad del presente medio de control conforme lo consagra el artículo 164 numeral 1° literal c) del CPACA.

En efecto, resulta forzoso concluir que debe declararse la prosperidad parcial de la excepción de caducidad presentada por la entidad accionada oportunamente, sólo respecto al pago de los salarios legales, prestaciones sociales e indemnizaciones que eventualmente se hubieren podido generar por el reconocimiento de un contrato realidad, lo cual no ocurre respecto de la pretensión tendiente a la obtención del pago de las cotizaciones pensionales al Sistema Integral de Seguridad Social.

En ese sentido, al encontrarse comprobada la existencia de una relación laboral este Despacho, pero caducada la acción respecto de algunas pretensiones, ordenará el reconocimiento y pago de aquellas sobre las cuales no recayó el fenómeno jurídico de la caducidad, esto es de los aportes para pensión.

En tal sentido, siguiendo la pauta jurisprudencia trazada por la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, el Despacho dispondrá

⁹ Teniendo en cuenta que la fecha inicial, 24 de diciembre de 2015, se ubica dentro del periodo de vacancia judicial.

que la Subred demandada, deberá realizar la devolución de los dineros por concepto de aportes a la Seguridad Social Integral en pensión, tomando el ingreso base de cotización del 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, proceda a cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el 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 trabajador, por el periodo trabajado entre el 4 de abril de 2009 y el 2 de abril de 2013.

Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión, 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.

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. 842 – 1300 del 13 de agosto de 2015, expedido por el Hospital La Victoria hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, mediante el cual se negó al actor la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, tomar durante el tiempo comprendido entre el 4 de abril de 2009 y el 2 de abril de 2013, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del 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 el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual¹⁰ 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 trabajador, tal como se indicó en la parte motiva.

TERCERO.- Declarar que respecto de las demás pretensiones, se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción conforme a lo expuesto en las consideraciones precedentes.

CUARTO.- Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión, 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

¹⁰ Resultando procedente para el efecto, tener en cuenta los comprobantes de consignación que obran a folios 120 a 134 del plenario.

providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

QUINTO.- 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.

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

SÉPTIMO.- Sin lugar a condena en costas.

OCTAVO.- 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

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

Hoy 8 de mayo de 2019 se notifica la anterior sentencia por
anotación en el ESTADO No. 


DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

MPV