



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

Bogotá D. C., doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2016-00758-00
Demandante: **MARÍA MYRIA MENDOZA SUÁREZ**
Demandado: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP**
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora María Myria Mendoza Suárez en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

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 accionante actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declarara la nulidad de las Resoluciones No. RDP 004914 del 5 de febrero de 2016 mediante la cual se negó el reajuste de la pensión de la demandante y RDP 016564 del 22 de abril de 2016, que confirmó la anterior decisión.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada reajustar dicha prestación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro, en la suma de \$815.289.88, de conformidad con las Leyes 33 y 62 del 1985 y 71 de 1988 a efectos de que se paguen las diferencias junto con la respectiva indexación, costas e intereses.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls. 36 a 387):

Mediante la Resolución No. 14444 del 19 de julio de 2004 le fue reconocida la pensión de jubilación a la demandante, la cual fue reliquidada según la Resolución

No. 57053 del 11 de diciembre de 2007, en cuantía de \$764.673.56, efectiva a partir del 20 de agosto de 2004.

La demandante en escrito del 3 de noviembre de 2015, solicitó la reliquidación de la prestación reconocida, para que se incluyeran todos los haberes devengados en el último año de servicios, conforme lo establece la Ley 4° de 1966, Leyes 33 y 62 de 1985 y Ley 71 de 1988.

La Resolución No. RDP 004914 del 5 de febrero de 2016, expedida por la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión solicitada por la parte actora.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión el cual fue resuelto mediante Resolución No. RDP 06564 del 22 de abril de 2016 en el sentido de confirmar en todas y cada una de las partes la Resolución recurrida.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas vulneradas cita el artículo 4° de la Ley 4° de 1966, Ley 5° de 1969, Leyes 33 y 62 de 1985, Ley 71 de 1988, inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 1437 de 2011 y los Decretos 1743 de 1966 y 3135 de 1968.

Señaló que la entidad demandada con los actos administrativos acusados infringió los mandatos jurídicos mencionados, teniendo en cuenta que la base de liquidación pensional debe estar constituida por los factores percibidos constantemente y no únicamente los taxativos en las normas que no son aplicables al régimen ordinarios de los empleados del sector oficial.

Adujo que al caso en concreto son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985 y que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado se sostiene de manera constante que los emolumentos percibidos directa e indirectamente el trabajador independientemente de la denominación que se les dé constituyen salario y por ende, deben ser tenidos en cuenta para fijar el monto de las prestaciones sociales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente (fls. 113 a 130), la UGPP contestó la demanda, formulando las excepciones que denominó: “PRESCRIPCIÓN” pues en caso de acceder a las

pretensiones se debe aplicar la prescripción trienal, "*PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR LA ENTIDAD DE PENSIONES*" por cuanto las Resoluciones están amparadas en la presunción de legalidad, "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*" pues la entidad liquidó la aludida pensión incluyendo todos los factores contemplados por la Corte Constitucional, "*INOMINADA O GENÉRICA*" las que puede el Despacho decretar, "*PAGO*" Y "*COMPENSACIÓN*" tiene en cuenta que ya se ha hecho el pago de las mesadas pensionales con los factores salariales reconocidos.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la audiencia inicial evacuada el 25 de abril de 2018 (fls. 139 a 142), llegada la etapa procesal pertinente, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por las dos partes en litigio, refiriendo los argumentos esbozados tanto por vía de acción como de excepción, como se puede corroborar en el record 11:41 y 19:41, del audio contenido en el CD visible a folio 143 del plenario.

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 25 de abril de 2018 (fls. 139 a 142), se determinó que el asunto de la referencia se centra en establecer:

¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de vejez sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

a. Copia simple de la Resolución No. 14444 del 19 de julio de 2004, mediante la cual la Caja Nacional de Previsión Social EICE reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de vejez a la demandante (fls. 3 a 5 vto.).

- b. Copia de la Resolución No. 57053 del 11 de diciembre de 2007, dicha entidad reliquidó la pensión vitalicia de vejez a la razón a la cuantía (fls. 7 a 9).
- c. Escrito en ejercicio del derecho de petición del 3 de noviembre de 2015, presentado por el apoderado de la demandante solicitando la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta todos los factores devengados en último año de servicios. (fls. 24 a 26).
- d. Copia auténtica de la Resolución No. RDP 004914 del 5 de febrero de 2016, expedida por la entidad demanda mediante la cual se negó el reajuste de la pensión de la accionante (fls. 3 a 10).
- e. Copia del recurso de apelación presentado contra la decisión anterior el 10 de marzo de 2018 (fls. 27 a 30).
- f. La UGPP en Resolución No. RDP 016564 del 22 de abril de 2016, confirmó el Acto Administrativo que no accedió a la petición de reliquidación de pensión.
- g. Resolución No. 256 del 20 de agosto de 2014, expedida por el Hospital Santa Clara (fl. 19).
- h. Certificado de información laboral (fl. 20).
- i. Certificado de factores salariales percibidos (fls. 21 a 23).

3. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso traer a colación el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que refieren a la reliquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición.

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Precedente Jurisprudencial como regla de derecho vinculante variación en el Sistema de Fuentes.

El precedente jurisprudencial como regla de derecho vinculante tiene sus antecedentes en la Ley 61 de 1886 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1986 al establecerse que tres decisiones uniformes proferidas por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación constituirán doctrina probable y por lo tanto los jueces al resolver un asunto análogo a esa doctrina probable podrían aplicar la *ratio decidendi* determinada por la Corte.

Con la expedición de la Constitución Política el concepto de precedente tomó fuerza bajo la aplicación de los artículos 13 (derecho a la igualdad), 85 (principio de buena fe y confianza legítima) y el artículo 230 que estableció el sistema de fuentes en el Sistema Jurídico Colombiano.

Así las cosas, la obligatoriedad del precedente para todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentra determinada directamente por el artículo 230 de la Constitución Política al establecer que la Ley es fuente de derecho principal y como los jueces interpretan las normas¹ las reglas de derecho que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material que obligan a los operadores jurídicos a resolver un asunto que tiene identidad jurídica, fáctica y causal bajo un mismo sentido; esto en respeto al derecho a la igualdad y los principios de buena fé y confianza legítima.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 775 de 2014 expuso:

“La sujeción de todas las autoridades públicas, administrativas o judiciales y de cualquier orden territorial (nacional, regional o local) a la Constitución y a la ley comporta el acatamiento de los precedentes judiciales dictados por las altas cortes, como órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales. En virtud de la concepción amplia del principio de legalidad, el sometimiento de las autoridades públicas al imperio de la ley implica que los funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial. En desarrollo del artículo 230 constitucional, la obligación de las autoridades públicas, administrativas y judiciales de sujetarse a la Constitución y la ley las vincula al precedente judicial o a los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas.” (Negrillas fuera de texto)

¹ Bajo una lectura del derecho viviente, esto es que los jueces en su interpretación le otorgan el verdadero funcionamiento a una disposición jurídica, ellos son quienes basados en un ejercicio de subsunción aplican una disposición normativa y le dan vida. Para el efecto ver la sentencia C-557 de 2001.

Por otra parte, la Corte Constitucional, ha indicado que el precedente implica que “un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”²

El precedente es horizontal cuando el mismo operador jurídico (colegiado o individual) ha resuelto un caso análogo bajo un sentido propio y es vertical cuando el juez ha emitido uno o más decisiones en la misma dirección y con carácter unificador.

Al respecto la Corte constitucional en sentencia T-794 de 2011 expuso:

“Precedente horizontal. Este precedente se refiere a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o, inclusive, el mismo operador judicial. Sobre éste la Corte ha señalado que todo juez debe ser consistente con sus decisiones, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas formulas de juicio. En la sentencia T-049 de 2007 la Corte estableció que este precedente cuenta con fuerza vinculante por cuatro razones básicas: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de ‘disciplina judicial’, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial.”

Precedente vertical. Esta figura se refiere al deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. En ese orden de ideas, un juez de inferior jerarquía debe seguir la posición adoptada por los entes judiciales superiores. Para la mayoría de asuntos, la interpretación que deben seguir los funcionarios judiciales es determinada por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los asuntos que no son susceptibles de ser revisados por esas corporaciones, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de cada Distrito.

En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.”

En tratándose de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Ley 1437 de 2011 estableció en los artículos 10³, 102⁴, 256⁵, 269⁶ y 270⁷ mecanismos, recursos y

² T- 158 de 2006. Ver también las sentencias T- 1317 de 2001, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009.

³ ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

formas de aplicación de la sentencias de unificación que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice de forma vinculante esos pronunciamientos dictados por el órgano de cierre de esta Jurisdicción y sea este mismo quien se encargue de ejercer una inspección y vigilancia sobre su aplicación.

Igualmente, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 7º que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, y deben tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Por todo lo expuesto, resulta claro que este Despacho se encuentra sometido a dar cumplimiento tanto al precedente vertical (dictado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional) y a su precedente horizontal.

Precedente vertical respecto al IBL de la pensión de las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La atención del Despacho se centra en realizar un comparativo entre las posiciones adoptadas, de una parte por el Consejo de Estado, y de otra por la Corte Constitucional, con el objeto de determinar si a las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a efectos de liquidar el ingreso base de liquidación de su pensión, les es aplicable lo dispuesto en el régimen anterior, es decir el promedio de lo devengado en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales devengados en ese periodo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Ley 71 de 1985 (y demás normas que regulen el régimen de transición), o si por el

⁴ ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

⁵ ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

⁶ ARTÍCULO 269. PROCEDIMIENTO PARA LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

⁷ Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

contrario el IBL que reglamenta la liquidación de la pensión de esas personas está por fuera del régimen de transición y, en consecuencia, se debe aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece como IBL el promedio de lo devengado en los últimos 10 años anteriores a la adquisición del derecho pensional con la inclusión de los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Precedente Consejo de Estado

El Consejo de Estado – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Victor 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 jurisprudencial en cuanto que los servidores públicos que son beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 tienen derecho a que su pensión sea liquidada con la tasa de reemplazo y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general) señalados en el régimen transicional, indicando que en tratándose de los servidores cuya situación concreta y particular se encuentra regulada por la Ley 33 de 1985, los factores allí distinguidos son enunciativos por lo que el IBL estará compuesto por todos aquellos conceptos que hicieron parte de la contraprestación directa del servicio en el último año sin importar que no estuvieran contenidos taxativamente en la Ley referida. Así indicó:

“(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación..”

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos

alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.”⁸ (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

*“(…) 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 (...).”⁹ (Negrillas fuera de texto).*

A partir de ese momento y de manera uniforme todas las autoridades y jueces administrativos a nivel nacional mantuvieron de manera pacífica la tesis que las personas beneficiarias del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1985) tenían derecho a percibir una pensión con una tasa de reemplazo del 75% y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo que el análisis jurídico se centró en determinar los factores que debían o no ser incluidos dentro del IBL.

Posteriormente, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón¹⁰, ratificó lo expuesto en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 en cuanto que el IBL se encontraba determinado por el régimen de transición y centro su análisis en definir dos criterios diferenciadores para establecer si un emolumento que había sido percibido en el último año de servicio debía o no incluirse como base de liquidación 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.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, MP. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no sólo está integrado por el porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo) establecida en el régimen transicional, sino también por el ingreso base de liquidación que se encuentra conformado por la totalidad de los factores salariales:

“En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

“Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

“Monto, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta.” Y monta es “Suma de varias partidas.” (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

“Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “monto” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).

(...)

En esa misma providencia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó que el análisis que se realiza es respecto al régimen de transición de los servidores públicos (como juez natural), por lo cual el único precedente constitucional aplicable a casos análogos es aquel que haga referencia explícita a esos funcionarios públicos. Sobre este punto explicó:

“Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la

Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013 (...)”.

Luego, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ratificó lo hasta aquí expuesto bajo los siguientes argumentos:

“Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos(...) bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma.

(...)

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral (...)”. (Negrillas extra texto)

Posteriormente, teniendo en cuenta la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la cual ordenó proferir una nueva sentencia en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, expedida a la Sección Segunda de esa Corporación, dicha Sección en cumplimiento de esa orden expuso en providencia del 9 de febrero de 2017, lo siguiente:

“Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

(...)

Escindirse el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

(...)

La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de “monto” e “ingreso base de liquidación” como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuento no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.”

Conforme lo anterior, a pesar que la Sección Segunda del Consejo de Estado dio cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sección Quinta, dejó en claro que ello no implicaba una variación en su postura respecto a que el concepto de monto se encuentra cobijado bajo el régimen de transición, esto es, tanto la tasa de reemplazo y el IBL conformado por la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general).

Después del pronunciamiento de tutela del 15 de diciembre de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio en providencia del 23 de marzo del 2017, expediente No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, actora: Martha Nelly Benavides Noguera, demandado: Tribunal Administrativo de Nariño y otros, rectificó el criterio adoptado en la tutela referida para acoger en su integridad el establecido por la Sección Segunda.

Finalmente, el Consejo de Estado mediante providencia del 29 de agosto de 2017, decidió avocar en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento del proceso No. 2012-00143-01, con el fin de unificar la posición de esa Corporación en torno al ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, definiendo dos subtemas

principales: (i) periodo de liquidación del IBL y (ii) factores salariales del IBL, sentencia de unificación que hasta la fecha no ha sido proferida.

Precedente Corte Constitucional

El estudio de la Corte Constitucional respecto al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se comenzó a realizar a través de la Sentencia C-165 de 1994 en la cual se determinó que las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran con los requisitos de edad, semanas de cotización o tiempo de servicios presentados. No obstante, respecto a lo demás se estaría a lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993. Sobre el particular la providencia anotada expresó:

“(…) dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley”. (Negrillas del Despacho)

De la lectura de la anterior providencia, la Corte Constitucional ha determinado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró que el régimen de transición tiene en cuenta la edad, tiempo de prestación de servicio y tasa de reemplazo. Sin embargo, el ingreso base de liquidación se liquida con base en los lineamientos generales establecidos en el régimen general, esto es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el máximo Tribunal Constitucional en auto 229 del 10 de mayo de 2017 como argumento para declarar la nulidad de la sentencia T- 615 de 2016, señaló:

“La Corte también valoró el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el que se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas sujetas al régimen de transición de manera específica. Concretamente, la Corporación analizó las condiciones estipuladas en el mencionado inciso, entendiendo, desde ese momento, que las reglas allí previstas para determinar el IBL son aplicables a las personas beneficiarias del régimen transicional y, por tanto, no es posible acudir a las condiciones especiales consagradas en la legislación anterior.

Justamente, por considerar que el IBL previsto en el artículo 36-3 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, fue que este Tribunal declaró inconstitucional aquellas expresiones que establecían un trato discriminatorio para la población afiliada del sector privado. (…)

Es, bajo esta lógica, que el caso examinado en sede de tutela por la Sala Sexta de Revisión desconoció la cosa juzgada, en la medida que el problema jurídico giró en torno a la

categorización del IBL como un factor de orden transicional, bajo las mismas circunstancias normativas y razones cuestionadas en aquella oportunidad. Sin embargo, no hay razón para que la Sala Sexta, por vía de tutela, hubiera desconocido el alcance fijado en la Sentencia C-168 de 1995.

Asimismo, luego del estudio de la sentencia cuya nulidad se solicita, la Corte constata que la providencia no tuvo en cuenta el precedente constitucional, según el cual, el IBL de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados, sino el previsto en el inciso tercero de esa norma. No solo porque este criterio surge con las consideraciones expuestas por la Corte en la Sentencia C-168 de 1995, sino porque la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993 constituye la línea jurisprudencial consolidada, imperante y en vigor de esta Corporación.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el IBL es un elemento que debe calcularse de conformidad con los requisitos establecidos en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con los criterios consignados en la legislación anterior. Esta pauta surge con la Sentencia C-168 de 1995, donde por primera vez la Sala Plena de la Corporación emite un pronunciamiento de fondo en la materia. Dicha sentencia, constituye la posición de la Corte respecto de la forma cómo debe aplicarse el IBL, la cual, con posterioridad, a través de la solución de casos particulares (...)” (Negritas fuera de texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-258 de 2013 declaró la inexecutable parcial del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 (disposición normativa que regula el régimen especial de pensiones de los congresistas y magistrados de altas cortes), indicó que el IBL no integraba el régimen de transición y por lo tanto las pensiones de ese grupo debían liquidarse según los términos del inciso tercero del artículo 36 y el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio.

No obstante, la referida Corporación fue enfática en la parte motiva de la sentencia C-258 de 2013, que las sub reglas de derecho derivadas de la *ratio decidendi* eran aplicables sólo respecto a las personas beneficiarias del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 esto es a los congresistas y magistrados de altas cortes.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-230 de 2015 bajo el trámite de revisión de tutela al estudiar el caso de una persona que había trabajado para el sector privado y que era beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 en el cual la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral había ordenado liquidar su pensión con el promedio de los últimos 10 años y no con lo devengado en el último año, reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013 bajo el fundamento que la *ratio decidendi* de esa providencia era un criterio en abstracto y de obligatorio cumplimiento para los jueces, por lo cual en todos los eventos en los cuales se discutiera el IBL de una persona beneficiaria del régimen de transición debía tenerse en cuenta las subreglas

establecidas en dicha sentencia, motivo que lo llevo a confirmar las decisiones proferidas por la Jurisdicción ordinaria laboral.

Así, para mayor claridad se citan algunos apartes de la sentencia SU – 230 de 2015:

"(...) Como se evidencia, la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

(...)

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

(...)

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por retirado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3 del artículo 36 citado."

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado."

Luego, el máximo Tribunal Constitucional mediante la sentencia SU – 427 de 2016 al estudiar un acción de tutela interpuesta por una persona contra las decisiones de la Jurisdicción ordinaria Laboral, señaló que el régimen de transición incluye los conceptos de edad, tiempos de servicio y monto entendido como tasa de reemplazo, lo que significa que el IBL debe efectuarse conforme al régimen señalado en la Ley 100 de 1993, para el efecto señaló la anotada sentencia que una interpretación contraria podría *"derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico"*.

Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia SU - 395 de 2017 al estudiar en sede de revisión casos particulares de servidores públicos que eran beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y que por lo tanto sus prestaciones pensionales se rigen por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, reiteró que el régimen de transición se establece respecto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, sin tener en cuenta el concepto del IBL por lo que el mismo debe

liquidarse conforme lo señalado en los artículos 34 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

Prevalencia del precedente de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional sobre las del Consejo de Estado.

Conforme hasta lo aquí expuesto, existe una clara distinción entre la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a si el IBL es objeto del régimen de transición.

Así, mientras el Consejo de Estado sostiene que en virtud de los principios de favorabilidad y no regresividad laboral el concepto de monto no sólo recoge la tasa de reemplazo a aplicar sino el IBL, la Corte Constitucional en respeto al principio de sostenibilidad financiera indica que el régimen transicional sólo tiene efectos sobre la edad, tiempo de servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en las normas generales de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese escenario jurídico, surge el interrogante sobre que precedente jurisprudencial se debe seguir, esto ateniendo que ambos son precedentes verticales de obligatorio cumplimiento conforme a lo expuesto en el artículo 230 de la Constitución Política y la variación en el sistema de fuentes al que se encuentra atado el operador jurídico.

Al respecto, el Juzgado considera necesario tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011 en las cuales se declaró exequibles los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 y en las que se resaltó que en caso de controversia entre una sentencia de unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional se aplicará de manera preferente la de esta última ateniendo su papel de interprete auténtico de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política como norma de normas (artículo 4 C.P.) del sistema jurídico Colombiano.

Así, en sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional decidió emitir una sentencia aditiva al señalar que las autoridades administrativas y judiciales al momento de dar aplicación a una sentencia de unificación del Consejo de Estado deberá dar aplicación preferente a las sentencias dictadas por el máximo tribunal constitucional en sede de tutela o en control abstracto de constitucionalidad en virtud de la

prevalencia de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes y del papel de la Corte como interprete auténtico de la norma superior.

A continuación se transcriben algunos a partes de la sentencia C-634 de 2011:

*“De otro lado, la inclusión del precedente constitucional en el precepto analizado resulta obligatoria para el legislador, pues ello se colige de los principios de supremacía constitucional y los efectos de la cosa juzgada constitucional, conforme lo expuesto esta sentencia. Así, se cumple con la segunda condición para la verificación de omisiones legislativas relativas. Ahora bien, es importante destacar que la misma norma acusada determina, como no podía hacerlo de otro modo, que **las autoridades administrativas están sometidas a la aplicación uniforme de las normas constitucionales. Quiere ello decir, según los fundamentos jurídicos precedentes, que ese deber incorpora la obligación que dichas autoridades utilicen las reglas de derecho, derivadas de la jurisprudencia constitucional, que fijan el contenido y alcance de las normas de la Carta Política.** Lo contrario significaría desconocer el artículo 241 C.P., norma que confía a la Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Esto precepto, junto con el artículo 243 C.P., no son fórmulas retóricas del Estatuto Superior, sino la fuente normativa del carácter autorizado y vinculante de las subreglas jurisprudenciales creadas por esta Corporación. Por lo tanto, corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes, el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales.*

*Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política. En consecuencia, acreditados los presupuestos antes explicados, corresponde a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integre al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso. Así, la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que **las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.** Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios erga omnes, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreseídas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.” (Negritillas fuera del texto)*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 resaltó nuevamente que sus sentencias deberán ser aplicadas de forma preferente y prevalente respecto a las sentencias de unificación que profiera el Consejo de Estado. En la providencia referida la Corporación Constitucional expuso:

*“La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, **tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte.** Por ello, de conformidad con precedentes de esta corporación, se configuró omisión legislativa relativa en las disposiciones demandada e integrada, y se hace necesario condicionar la resolución adoptada, en los términos de la parte resolutive de esta sentencia (...) Declarar EXEQUIBLES el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la*

ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia” (Negrillas fuera de texto)

En ese orden de ideas, resulta claro que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad y seguridad jurídica en caso que existan dos criterios unificadores contrarios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, deberá aplicarse el expuesto por la Máxima Corporación Constitucional dado a su papel de interprete auténtico de la norma de normas y por ende de todas las disposiciones legales sobre las cuales se aplique una interpretación a la luz de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política.

CASO CONCRETO.

El Juzgado resalta que con anterioridad se acogía en su integridad la tesis del Consejo de Estado según la cual el régimen de transición cobijaba tanto la edad, tiempo de servicios, la tasa de reemplazo y el Ingreso base de liquidación. No obstante, con base en el expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, en cumplimiento del artículo el 7º del CGP¹¹ aplicable al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA y el principio de razón suficiente¹², el Despacho pasa a exponer las razones por las cuales cambia su posición y decide aplicar las subreglas de derecho establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017.

Cumplimiento del precedente vertical dictado por la Corte Constitucional en Sentencias de Unificación

Conforme se indicó, para que se considere que las subreglas establecidas en una sentencia proferida por la Corte Constitucional es necesario que se acredite que: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla

¹¹ “Artículo 7: Legalidad (...)

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos” (Negrillas fuera del texto original)

¹² De esa manera si el juez desea apartarse de una determinado precedente debe cumplir con los requisitos de transparencia y suficiencia, esto es exponer con claridad las razones por las cuales se aparta de ese precedente, porque no es aplicable al caso en concreto y porqué una aplicación distinta a ese precedente en ese asunto optimiza de mayor medida los derechos consagrados en la constitución política bajo el principio de razón suficiente. Para el efecto ver la sentencia T-116 de 2016.

judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional similar y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho similar al que se debe resolver posteriormente¹³. Es decir, que exista una identidad fáctica, jurídica y causal sobre el caso antes decidido.

Por lo expuesto, el Juzgado resalta que sólo la sentencia SU-395 de 2017 se ajusta a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional para que se constituya como precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento respecto a la tesis según la cual el IBL no hace parte del régimen de transición y por lo tanto los servidores públicos que son beneficiarios de ese régimen a efectos de la liquidación y reliquidación de su pensión deben atender lo dispuesto en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto si bien en la sentencia C-165 de 1994, se hizo referencia respecto a que sólo es objeto de transición la edad y el tiempo de servicios y lo demás se encuentra regido por la Ley 100 de 1993, esta posición no fue pacífica al interior de la Corte Constitucional hasta la sentencia C-258 de 2013.

Al respecto, es pertinente hacer referencia a lo establecido por el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia SU-210 de 2017 en el cual indicó:

“Sobre este tema, la Corte ha precisado que en los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación, razón por la cual, se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.

Así por ejemplo, en la Sentencia C-168 de 1995, que declaró la inexecutable de un segmento del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establecía, para efectos de la liquidación de la pensión, un tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, la Corte no hizo ningún pronunciamiento sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de ingreso base de liquidación. Posteriormente, en las Sentencia C-1056 de 2003 y C-754 de 2003, que declararon inexecutable las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y 4º de la Ley 860 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación tampoco abordó lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición.

Solamente, hasta el pronunciamiento realizando en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal se refirió específicamente al alcance y la interpretación del ingreso base de liquidación, en relación con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (...) ” (Negritas fuera de texto)

¹³ Ver T 292 de 2006.

En ese orden de ideas, no se podía considerar como precedente jurisprudencial la sentencia C-165 de 1994, ya que existía discusión respecto a si la misma se había o no referido al IBL de la personas beneficiarias del régimen de transición.

Respecto a la sentencia C-258 de 2013, como se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial, en ese asunto se estudió el régimen especial de los congresistas y magistrados de altas Cortes, razón por la cual las subreglas establecidas no son aplicables como precedentes a los casos en los cuales se discuta la forma de liquidar el IBL de los servidores públicos distintos a ese grupo beneficiarios del régimen de transición, ya que por disposición expresa de la misma Corte Constitucional ese criterio interpretativo sólo se aplica al referido grupo.

A igual conclusión se llega respecto a las sentencias SU-230 de 2015 y SU - 427 de 2016, toda vez que en esas oportunidades la Corte Constitucional estudio eventos resueltos por la Jurisdicción Ordinaria Laboral que dentro de sus competencias había decidido que el IBL no hacia parte del régimen transicional, posición que fue respaldada por el Máximo Tribunal Constitucional.

En efecto, al advertirse que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es el juez natural de los temas pensionales de los servidores públicos no les es aplicable las reglas previstas para trabajadores oficiales y ordinarios cuyas controversias las resuelve la Jurisdicción Ordinaria a través de su especialidad laboral, motivo por el cual las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 no se configuraron como “precedente unificador” para este Despacho.

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 especial del INPEC, 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 (promedio de los últimos 10 años).

En ese orden de ideas, al existir precedente de la Corte Constitucional respecto a que el IBL no hace parte del régimen de transición, distinto a la tesis expuesta por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, deberá darse plena aplicación a lo expuesto por el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017 ya que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad, seguridad jurídica y teniendo en cuenta su papel de interprete autorizado de la Constitución Política su precedente es de obligatorio cumplimiento respecto a los emitidos por los demás órganos de cierre.

Por lo anterior, el Juzgado acoge en su integridad el precedente establecido por la Corte Constitucional, no sólo por su carácter prevalente si no por las razones que pasan a exponerse.

Fundamentos que tuvo el Despacho con base en las sentencias del Consejo de Estado para aplicar en su integridad el régimen de transición.

Dentro del discurrir argumentativo de esta providencia, se ha establecido que este Despacho con base en la sentencias del Consejo de Estado ha manifestado que en virtud de los principios de inescindibilidad de la norma, progresividad y no regresividad laboral y *pro homine* concluyó que el IBL también es objeto dentro del régimen de transición.

Así las cosas, el principio de inescindibilidad hace referencia a que una disposición normativa debe aplicarse en su integridad¹⁴, sin que se permita la mixtura de normas. De esa manera, resalta el Despacho que no es factible afirmar que existe una vulneración a esa principio al determinar que por un lado se establece el beneficio del régimen de transición respecto a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, mientras el IBL se establece con el régimen general; toda vez que se está dando aplicación plena y en su integridad a la Ley 100 de 1993, que en la totalidad de su artículo 36 consagró el régimen de transición y los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios, (iii) tasa de reemplazo y (iv) forma de liquidar el índice base de liquidación que se reitera deberá efectuarse con base en los criterios generales del Sistema General de Pensiones.

¹⁴ Corte Constitucional sentencia T-832A-13

Sobre el principio de progresividad y no regresividad laboral, consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1 del PIDESC, se establece que los Estados deben progresivamente efectivizar los derechos sociales, económicos y culturales y está prohibido todo retroceso en un derecho que se haya alcanzado.

Al respecto, advierte el Despacho que la tesis según la cual el IBL hace parte del régimen de transición ha sido defendida por el Consejo de Estado dentro de sus competencias. No obstante, no se había realizado una mirada constitucional por parte del intérprete autorizado de la Constitución Política respecto al tema en estudio.

De esa manera, cuando la Corte Constitucional comenzó a estudiar el tema bajo estudio bajo el escenario de los principios, derechos, deberes y obligaciones constitucionales, ha mantenido una línea uniforme (C-165 de 1994, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU – 210 de 2017 y SU – 395 de 2017) respecto a que el IBL no hace parte del régimen de transición.

En ese orden de ideas, en primer lugar, no se puede argumentar que existe un derecho adquirido bajo la interpretación dada por el Consejo de Estado frente al IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición ya que esa calidad se adquiere cuando la persona cumple con todos los requisitos legales para acceder a una pensión con la aplicación completa de su régimen sin que sea plausible una modificación y/o extensión de beneficios por fuera del marco de acción otorgado por el legislador por vía jurisprudencial.

En segundo lugar, bajo la mirada constitucional del intérprete autorizado de la Constitución, la lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que más se ajusta a la norma superior, es aquella según la cual el IBL no es objeto del régimen transicional: (i) porque permite por un lado que la personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por otra parte, respecto al principio *pro homine* o pro persona dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha advertido que este tiene dos

manifestaciones o reglas principales: (i) preferencia interpretativa y (ii) preferencia de normas¹⁵.

La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y, b) la interpretativa restringida. Frente a estos últimos, se tiene que la interpretación de Convenios de Derechos Humanos y normas nacionales siempre debe de hacerse a favor del individuo. Así, los derechos deben de interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos deben de interpretarse de manera restrictiva. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario y el que más se ajuste a los principios señalados en la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, la preferencia de normas se entiende como la aplicación de aquella que sea más favorable a los intereses del trabajador, en caso de que resulten dos o más normas aplicables a un mismo asunto.

Ahora bien, en Colombia el principio *pro homine*, en el plano laboral ha tenido plena aplicación en el principio protector recogido por la Constitución Política en el artículo 53, al consagrar los principios de favorabilidad e *indubio pro operario*.

Así las cosas, el principio de favorabilidad hace referencia que ante la existencia de dos o más normas aplicables al caso en concreto deberá preferirse aquella que más favorezca al trabajador;¹⁶ y el *indubio pro operario* hace referencia que ante dos o más interpretaciones posibles respecto a una norma deberá aplicarse aquella que más beneficie al empleado¹⁷.

En ese orden de ideas, evidencia esta instancia judicial no hay vulneración al principio de favorabilidad ya que no existen dos normas que regulen el régimen de transición ya que este se encuentra consagrado únicamente en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece con claridad que el ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias de ese régimen se efectúa con base en los criterios generales de la referida Ley.

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, publicada por la Fundación Konrad Adenauer dentro del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, Colombia, año 2014, ISBN 978-607-468-599-2, pag. 706-712.

¹⁶ Para el Efecto. Ver T-559/11

¹⁷ Para el Efecto. Ver T-730/14

Respecto al principio de *indubio pro operario*, señala el Juzgado que si bien a primera vista resulta más beneficiosa la interpretación según la cual el IBL es objeto de transición, conforme se indicó bajo el criterio de preferencia interpretativo extensivo y restringido, lo cierto es que el operador jurídico debe encontrar un equilibrio entre la normas que integran la Constitución Política; valoración que efectuó la Corte Constitucional como interprete autorizado en las sentencias citadas y en donde concluyó que en pro de salvaguardar los principios en disputa (sostenibilidad financiera y seguridad social de las personas beneficiarias del régimen de transición) es más ajustada a las principios y derechos de la norma superior la lectura según la cual el IBL no está sujeto a transición.

Lo anterior se reitera porque: i) permite por un lado que la personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo¹⁸ con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por todo lo expuesto, el Juzgado acoge en su integridad el precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017, según el cual el régimen de transición sólo tiene efectos sobre la edad, tiempo de servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en las criterios generales establecidos en la Ley 100 de 1993, esto es "*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia*", como lo prevé el artículo 21 de la referida norma.

Visto lo anterior y descendiendo al asunto de la referencia, se resalta que la señora MARÍA MYRIA MENDOZA SUÁREZ, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 004914 del 5 de febrero de 2016 y RDP 016564 del 22 de abril de 2016 (fls. 10 a 17), mediante las cuales la UGPP, negó la reliquidación de la pensión de la actora y confirmó dicha decisión al resolver el recurso de apelación, respectivamente.

¹⁸ Sobre el particular se resalta que en ocasiones las autoridades administrativas y judiciales han modificado la tasa de reemplazo sobre la cual se liquida la pensión de un servidor público, cuando se avizora que en aplicación del principio de favorabilidad resulta más beneficioso la aplicación del régimen general establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

La actora solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, en virtud de la aplicación integral de las Leyes 33 y 62 de 1985 y la "71 de 1988", por considerar que es beneficiaria del régimen de transición.

Entonces, se precisa que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, para los empleados del orden nacional, fecha para la cual la señora MENDOZA SUÁREZ tenía 47 años de edad, pues nació el 23 de diciembre de 1947, tal como se indicó en las resoluciones objeto de litigio, obrantes a folios 10 vto. y 15 vto. del expediente.

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó la UGPP, en la Resolución No. RDP 0016564 del 22 de abril de 2016, mediante la cual se resolvió un recurso contra el acto administrativo que negó la reliquidación de su pensión (fls. 15 a 17).

Razón por la cual, atendiendo el precedente definido por la Corte Constitucional en lo que refiere a la manera de liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición, el ingreso base de liquidación se debe promediar con base en la disposición contenida en el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

Bajo el criterio esbozado en precedencia, considera este Despacho que para el asunto en concreto la aplicación integral del régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985 no es procedente, en consideración a que la Máxima Corporación Constitucional dispuso que en el marco de la transición de la Ley 100 de 1993, únicamente se tendrían en cuenta los presupuestos de la edad, el tiempo de servicios y el monto, refiriéndose este último a la tasa de remplazo y del cual se excluye el ingreso base de liquidación.

Así mismo, vale precisar que conforme al aludido pronunciamiento, resalta que los factores salariales a tener en cuenta son los señalados por la normativa actual, es decir en el Decreto 1158 de 1994, lo cual dejó extractado en los siguientes términos:

*"A esta conclusión se arriba con fundamento en el análisis esbozado en los casos anteriores sobre el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual sólo deben mantenerse las prerrogativas de los regímenes anteriores en cuanto a (i) edad, (ii) tiempo de servicios y (iii) monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo. De manera que el ingreso base de liquidación y los factores salariales por aplicar deben ser los consagrados en la Ley 100 de 1993 y el desarrollo normativo posterior (Decreto 1158 de 1994). A esta misma inferencia llegó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia impugnada, atendiendo la interpretación constitucionalmente admisible en los términos de los argumentos ya explicados en la presente sentencia."*¹⁹

En ese orden, revisados los actos administrativos objeto de litigio, esto es, las Resoluciones Nos. RDP 004914 del 5 de febrero de 2016 y RDP 016564 del 22 de abril de 2016, se advierte que en las mismas se dio aplicación a la normatividad conforme a los parámetros antes expuestos, pues en efecto dio aplicación al régimen de transición en lo atinente a la edad y tiempo de servicios como requisitos para acceder a la prestación pensional, así como al porcentaje de tasa de remplazo para determinar el monto de la misma, teniendo en cuenta para ello el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio y los factores salariales *"indicados en la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994 (...)"*²⁰.

Así las cosas, no hay lugar a que la entidad demandada reliquide la pensión de la demandante con la inclusión de los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, puesto que se estaría contrariando el precedente fijado por la Corte Constitucional.

Decantado lo anterior, resulta forzoso colegir que no se advierte desvirtuada la presunción de legalidad de la que están investidos los actos administrativos en cita, lo que impone denegar las súplicas elevadas.

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,

¹⁹ SU – 395 de 2017, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, 22 de junio de 2017.

²⁰ Ver folios 4 y 8 del plenario.

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy <u>13 de junio de 2018</u> se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>040</u>  DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario
--

JEP.



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

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00155-00
Demandante: **DIEGO ROBERTO NARANJO DURAN**
Demandado: **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE
– Hospital de Kennedy III**
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 NARANJO DURAN en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III.

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. 110-298/2016 del 11 de noviembre de 2016, mediante el cual la entidad accionada, negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral y reglamentaria que existió entre las partes.

Así mismo solicitó que se declare que la relación que existió entre demandante y demandada fue una relación laboral de derecho público, sin solución de continuidad en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016 y en cumplimiento personal y permanente de sus funciones, respecto de la cual no hay prescripción trienal.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III, pagar en su favor todos los

factores salariales y prestacionales que recibe un empleado de planta como son riesgos profesionales, prima de servicio, prima técnica profesional, bonificación por servicios, vacaciones remuneradas, prima de vacaciones, bonificación por vacaciones, prima de navidad, cesantías con sus respectivos intereses, aportes a pensión y salud 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 a que las sumas respectivas sean debidamente indexadas y pagadas en los términos del artículo 192 del CPACA, junto con los intereses moratorios pertinentes.

Adicionalmente se le ordene “pagar las diferencias que resulten entre los honorarios pactados y lo devengado por los empleados de planta del mismo nivel”, así como la “indemnización moratoria de que trata la Ley 224 de 1995” esto es, un día de salario por cada día de retardo, a partir de la ejecutoria del fallo y hasta que se hagan efectivas, más las costas del proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 119 a 120) laboró desde el 1º de julio de 2007 hasta el 31 de mayo de 2016, mediante contratos de prestación de servicios de forma ininterrumpida, en los cargos de *i.* Auxiliar administrativo, *ii.* Asistente administrativo, *iii.* Técnico administrativo, *iv.* Profesional universitario y *v.* Profesional especializado en el área administrativa de la entidad demandada, completando un total de 8 años y 11 meses en el horario de 7:00 am. a 5:00 pm. de lunes a viernes.

Agrega que durante el periodo antes mencionado ejerció sus labores personalmente, recibiendo un salario mensual como consta en los respectivos contrato y bajo la subordinación de diferentes funcionarios de planta, Jefes de la Oficina Asesora Jurídica (Jhon Alexander López Martínez, Nora Patricia Jurado Pabón, Claudia Patricia Pedreros Castellanos, Betty Pulido) y de la Subgerencia administrativa (Rodrigo José Gómez Ocampo y Milton José Hernández), realizando funciones propias de la entidad en el área administrativa en cargos existentes en la planta de personal y otras establecidas en los contratos, sin disfrutar vacaciones ni haber sido canceladas en dinero y cancelando sus aportes a salud, pensión y riesgos profesionales.

Reitera el actor que debía realizar las mismas funciones administrativas que un empleado de planta, cumpliendo todos los reglamentos y normas del Hospital de Kennedy III, bajo la justificación de que no había suficiente planta de personal, lo que

quedó consignado en los contratos, utilizando además los implementos y equipos del Hospital, funciones que correspondían al objeto social del mismo.

Adicionalmente argumentó que durante su vinculación nunca disfrutó de los beneficios propios de la caja de compensación familiar, que los honorarios que percibía eran inferiores al sueldo que recibía un funcionario de planta que realizaba las mismas funciones y que para tomar un permiso o descanso requería autorización escrita del Jefe respectivo.

Por tales circunstancias, refiere que solicitó el pago de sus derechos laborales mediante solicitud radicada el 11 de octubre de 2016, la cual fue denegada mediante el Oficio No. 110-298/2016 del 11 de noviembre de 2016 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, 6, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; artículos 2 y 7 del Decreto 2400 de 1968, 8 y 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3148 de 1968; Decreto 3138 de 1968; Decreto 1848 de 1969; artículos 5º, 8º, 16, 21, 24, 32, 34, 40, 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978; Decreto 1919 de 2002, decreto 1950 de 1973, Ley 80 de 1993, Ley 1437 de 2011 y precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Indicó que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III quebranta el Decreto 1950 de 1973 que prohíbe celebrar contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente pues él laboró por 8 años y 11 meses bajo dicha figura de manera ininterrumpida, y al desconocer la relación laboral que ostenta con el actor vulnera sus derechos a la igualdad, trabajo y primacía de la realidad sobre las formalidades, atentando además en contra de las demás disposiciones que consagran los aludidos derechos laborales.

Señaló que la actora prestó sus servicios de manera ininterrumpida a través de contratos de prestación de servicios, con los que se pretendió ocultar la verdadera relación laboral que existió entre las partes, por lo que las prestaciones sociales deben reconocerse a título de reparación del daño a favor del actor, de conformidad a lo dispuesto por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, en virtud de la cual el término de prescripción inicia a contabilizarse una vez se dé la terminación definitiva del vínculo contractual.

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 Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 148 a 159), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones por cuanto aduce, que el acto administrativo demandado no ostenta vicio alguno y respecto del actor nunca existió vinculación en provisionalidad sino de carácter civil luego no versa sobre derechos laborales, de lo cual él era consciente.

Por las mismas razones se opuso a que se declarara que la ejecución se dio sin solución de continuidad pues el contrato se suscribió del 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016 y al pago de prestaciones sociales ya que nunca cumplió funciones públicas agregando que en tal evento si opera la prescripción trienal.

Así, refiriéndose frente a los fundamentos fácticos de la demanda, como hechos relevantes adicionó que sí existió interrupción de los contratos, entre el 31 de agosto y el 1º de octubre de 2007, del 30 de noviembre de 2001 al 1º de enero de 2012 y del 30 de abril al 1º de junio de 2014, como se observa en la relación que allega respecto de los contratos suscritos, además que en la ley no está contemplado el disfrute de vacaciones para los contratistas quienes si deben realizar los pagos pertinentes de seguridad social; por lo demás señaló estarse a lo probado dentro del proceso.

Acorde con lo anterior y como se indicó en la audiencia inicial (fl. 174), la entidad propuso las excepciones de *"Fuerza mayor"*, *"Hecho de un tercero"*, *"Culpa exclusiva de la víctima "* e *"Inexistencia de responsabilidad patrimonial extracontractual imputable al Hospital Occidente de Kennedy III Nivel"*, además de *"INEXISTENCIA DE DERECHO"*, *"MALA FE DE LA DEMANDANTE"*, *"PAGO"*, *"PRESCRIPCIÓN"*, *"CADUCIDAD"* y la *"GENÉRICA"*, oportunidad en la cual fueron resueltas las atinentes a la prescripción y a la caducidad de manera desfavorable.

Respecto de las demás, se advierte que las de *"Fuerza mayor"*, *"Hecho de un tercero"*, *"Culpa exclusiva de la víctima "* e *"Inexistencia de responsabilidad patrimonial extracontractual imputable al Hospital Occidente de Kennedy III Nivel"*, fueron enunciadas sin embargo respecto de las mismas no se indicó cuál era su fundamento fáctico o jurídico; en cuanto a la de *"INEXISTENCIA DE DERECHO"* refirió que al

actor nunca se le exigió exclusividad ni tiempo completo por lo que podía contratar con otras entidades públicas o privadas, además que nunca ocupó un cargo de planta, *"MALA FE DE LA DEMANDANTE"* indicando que el demandante sabía y conocía que sus servicios eran requeridos para *"desarrollar actividades de su profesión por ser la bacteriología (sic), un área de la salud"* y el objeto principal de la demandada es la prestación de los servicios de salud, *"PAGO"* argumentando que los honorarios pactados fueron cancelados en su totalidad luego todos los derechos que se derivan del contrato suscrito le fueron respetados, desconociendo la cláusula en la que se estipuló que las ordenes de servicio no serían consideradas como contrato laboral.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 13 de abril de 2018 (Fl. 196), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la apoderada de la parte demandada estando dentro de la oportunidad legal presentó escrito de alegatos (Fl. 197), en el que básicamente reiteró las precisiones, fundamentos y excepciones formulados en la contestación de la demanda, para concluir que conforme a las pruebas allegadas no queda discusión en cuanto a la naturaleza civil de los contratos suscritos por su representada, además que respecto del acto administrativo demandado está incólume la presunción de legalidad y acierto que lo cobijan.

Por su parte el apoderado del extremo actor, igualmente dentro de la oportunidad legal señaló que el material probatorio recaudado demuestra que se dan los presupuestos para que se acceda a las súplicas de la demanda declarando que entre el demandante y la demandada existió una verdadera relación de tipo laboral por lo que debe primar la realidad sobre las formalidades, teniendo en cuenta que la actora prestó sus servicios de manera personal, bajo la subordinación de los jefes inmediatos y percibió una remuneración como contraprestación de sus servicios prestados.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

II. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto de las que falta omitir pronunciamiento, esto es, las denominadas *“Fuerza mayor”, “Hecho de un tercero”, “Culpa exclusiva de la víctima”* e *“Inexistencia de responsabilidad patrimonial extracontractual imputable al Hospital Occidente de Kennedy III Nivel”*, además de *“INEXISTENCIA DE DERECHO”* y *“MALA FE DE LA DEMANDANTE”*, 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 13 de diciembre de 2017 (Fls. 172 a 181), se fijó el litigio en dar respuesta al siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora de que se reconozca la existencia de un vínculo laboral con la entidad accionada y se paguen los dineros dejados de percibir en virtud de dicho vínculo laboral?

3. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Fueron aportadas y recaudadas como tal las siguientes:

- PRUEBAS DOCUMENTALES

- a. Solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales y acreencias laborales radicada el 11 de octubre de 2016 (Fl. 3).
- b. Oficio No. 110-298/2016 del 11 de noviembre de 2016 (fl. 4).

- c. Certificación de actividades en la que se relacionan los contratos celebrados por la demandada con el actor (fl. 149).
- d. Órdenes y contratos de prestación de servicios y sus diferentes prórrogas suscritos por el demandante con la entidad accionada, además de requerimientos de prestación de servicios en los que se recomendó al accionante (fls. 19 -73)
- e. Certificaciones de cumplimiento de actividades del contrato respecto del actor con el respectivo listado de actividades (fls. 74)
- f. Copia del expediente administrativo compuesto por 1022 folios, contentivo de todos los contratos suscritos por el actor con la entidad demandada y su respectiva documentación de iniciación y ejecución, en 9 tomos adjuntos al cuaderno principal.

- PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaraciones rendidas el 21 de febrero de 2018, por los testigos Nury del Pilar Vera Vargas y Nilson Vladimir Carrillo, así como por el Demandante Diego Roberto Naranjo Duran (Fls. 189 a 193), las cuales se encuentran en medio magnético obrante a folio 193 del expediente.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

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

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

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y

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

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

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

para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)"

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

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

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

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.

anterior, el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado por las entidades administrativas para ocultar verdaderas relaciones de trabajo.

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

En la parte resolutive dispuso:

“Declarar EXEQUIBLES las expresiones ‘no puedan realizarse con personal de planta o’ y ‘En ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales’ contenidas en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, ‘salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada’.

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

Ahora bien, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamiento ha indicado que la continuada subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como contraprestación, desvirtúan el contrato estatal de prestación de servicios, en consideración a que se está ante la existencia de una relación laboral y por ende se deben reconocer y pagar las prestaciones sociales, sin que ello signifique que el

contratista adquiriera 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).

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

2. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia, el señor DIEGO ROBERTO NARANJO DURAN, a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 110-298/2016 del 11 de noviembre de 2016, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III, 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 actor 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 Política³, situación en la cual quedaría desvirtuada la existencia de un contrato de prestación de servicios.

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

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

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

- De la prestación personal del servicio

Se encuentra acreditado dentro del proceso que el demandante prestó sus servicios a la ESE Hospital Occidente de Kennedy III Nivel ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III, a través de la suscripción de

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

varios contratos de prestación de servicios, los cuales se relacionan a continuación y en los que desarrolló actividades que corresponden a diferentes cargos como son *i.* Auxiliar administrativo, *ii.* Asistente administrativo, *iii.* Técnico administrativo, *iv.* Profesional universitario y *v.* Profesional especializado, desde el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios conforme a la documental obrante en el expediente y a la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la entidad demandada, obrantes a folios 14 a 18 del cuaderno principal, como en la totalidad del expediente administrativo allegado y que se adjunta en 1.022 folios: terminación

TIPO	No.	CARGO	DESDE	HASTA	Prueba fl.	Difer. Dias
Contrato	2311-07	Auxiliar administrativo	01-jul-07	31-ago-07	46	1
Prorroga	2311-07	Auxiliar administrativo	01-sep-07	30-sep-07	63	1
Contrato	2980-07	Asistente administrativo	01-oct-07	31-oct-07	72	1
Contrato	3212-07	Asistente administrativo	01-nov-07	30-nov-07	88	1
Prorroga	3212-08	Asistente administrativo	01-dic-07	31-dic-07	97	2
Contrato	033-08	Asistente administrativo	02-ene-08	29-feb-08	117	1
Prorroga	033-08	Asistente administrativo	01-mar-08	30-abr-08	128	2
Contrato	1061-08	Asistente administrativo	02-may-08	30-jun-08	137	1
Contrato	1783-08	Asistente administrativo	01-jul-08	31-jul-08	158	1
Contrato	2456-08	Asistente administrativo	01-ago-08	30-sep-08	171	1
Contrato	3764-08	Asistente administrativo	01-oct-08	30-nov-08	180	1
Contrato	4710-08	Asistente administrativo	01-dic-08	31-dic-08	193	2
Contrato	525-09	Técnico administrativo	02-ene-09	28-feb-09	201	2
Contrato	766-09	Técnico administrativo	02-mar-09	30-abr-09	208	1
Contrato	2010-09	Técnico administrativo	01-may-09	30-jun-09	228	1
Contrato	2859-09	Técnico administrativo I	01-jul-09	31-ago-09	243	1
Contrato	3487-09	Técnico administrativo I	01-sep-09	31-oct-09	258	1
Prorroga	3487-09	Técnico administrativo I	01-nov-09	30-nov-09	271	1
Contrato	5283-09	Técnico administrativo I	01-dic-09	31-dic-09	286	2
Contrato	045-09	Técnico administrativo I	02-ene-10	28-feb-10	293	1
Contrato	961-10	Técnico administrativo	01-mar-10	30-abr-10	310	1
Contrato	1947-10	Técnico administrativo	01-may-10	30-jun-10	325	1
Contrato	2870-10	Técnico administrativo	01-jul-10	31-ago-10	344	1
Contrato	3724-10	Técnico administrativo	01-sep-10	31-oct-10	367, 451	1
Contrato	4642-10	Técnico administrativo	01-nov-10	31-dic-10	388	1
Contrato	727-11	Profesional universitario	01-ene-11	28-feb-11	394	1
Contrato	1515-11	Profesional universitario	01-mar-11	30-abr-11	457	1
Contrato	2307-11	Profesional universitario	01-may-11	30-jun-11	460	1
Contrato	2709-11	Profesional universitario	01-jul-11	31-ago-11	483	1
Contrato	3510-11	Profesional universitario	01-sep-11	31-oct-11	502	1
Contrato	4929-11	Profesional universitario	01-nov-11	30-nov-11	526	1
Prorroga	4929-11	Profesional universitario	01-dic-11	31-dic-11	544	1
Contrato	597-12	Profesional universitario	01-ene-12	31-ene-12	565, 577	1

Contrato	1267-12	Profesional universitario	01-feb-12	29-feb-12	572	1
Contrato	1473-12	Profesional universitario	01-mar-12	31-mar-12	578, 641	1
Contrato	2151-12	Profesional universitario	01-abr-12	30-sep-12	584, 647	1
Contrato	4786-12	Profesional universitario	01-oct-12	31-oct-12	594	1
Contrato	4949-12	Profesional universitario	01-nov-12	31-dic-12	619	1
Contrato	074-13	Profesional universitario	01-ene-13	30-abr-13	670	1
Contrato	1731-13	Profesional universitario	01-may-13	31-jul-13	703	1
Contrato	3426-13	Profesional universitario	01-ago-13	31-oct-13	727	1
Contrato	4727-13	Profesional universitario	01-nov-13	31-dic-13	756	1
Contrato	108-14	Profesional universitario	01-ene-14	28-feb-14	778	1
Contrato	1316-14	Profesional universitario	01-mar-14	30-abr-14	795	1
Contrato	1826-14	Profesional universitario	01-may-14	30-may-14	810	2
Contrato	2814-14	Profesional universitario	01-jun-14	30-jun-14	821	1
Contrato	3112-14	Profesional universitario	01-jul-14	30-sep-14	829	1
Contrato	5740-14	Profesional universitario	01-oct-14	31-oct-14	855	1
Contrato	6204-14	Profesional universitario	01-nov-14	31-dic-14	864	1
Contrato	150-15	Profesional universitario	01-ene-15	28-feb-15	883	1
Contrato	1386-15	Profesional universitario	01-mar-15	31-may-15	900	1
Contrato	3552-15	Profesional especializado III	01-jun-15	10-jun-15	929	1
Contrato	3963-15	Profesional especializado III	11-jun-15	30-jun-15	937	1
Contrato	4094-15	Profesional especializado III	01-jul-15	31-ago-15	950	1
Contrato	6220-15	Profesional especializado III	01-sep-15	30-sep-15	964	1
Contrato	7606-15	Profesional especializado III	01-oct-15	31-dic-15	974	1
Contrato	0933-16	Profesional especializado III	01-ene-16	30-abr-16	998	1
Prorroga	0933-6	Profesional especializado III	01-may-16	31-may-16	1020	0

De lo anteriormente relacionado se tiene que el demandante desarrolló en la ESE Hospital Occidente de Kennedy III Nivel ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III, durante casi de 9 años de manera ininterrumpida mediante contratos de prestación de servicios.

En punto de lo anterior, resulta oportuno precisar que aun cuando la entidad demandada manifestó que existió interrupción de los contratos, entre el 31 de agosto y el 1º de octubre de 2007; del 30 de noviembre de 2001 –se infiere que es del 2011- al 1º de enero de 2012 y del 30 de abril al 1º de junio de 2014, se advierte que en efecto dichos vacíos se aprecian en la relación que allegó la pasiva, sin embargo, conforme a la elaborada por el despacho en precedencia, se observa que el primero se encuentra cubierto por la prórroga del contrato No. 2311 de 2007 (fl. 63, C-2), el segundo por la prórroga del contrato 4929 de 2011 (fl. 544, C-2) y por el contrato 1826 de 2014 (fl. 810, C-2), actos contractuales que no fueron relacionados por la entidad, 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 obran en cuaderno separado, se evidencia que el extremo pasivo efectuó el pago mensual al señor NARANJO DURAN por los servicios prestados en los diferentes cargos que 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 colige de las cláusulas allí contenidas que los mismos no fueron ejecutados con total independencia y autonomía, siendo estos requisitos propios del contrato de prestación de servicios, si se tiene en cuenta que dentro de las funciones asignadas, se incluían algunas que implicaban el cumplimiento de horario o atención en las instalaciones de la entidad demandada, nótese por ejemplo, que bajo el cargo de Asistente administrativo el actor debía:

"Recibir y radicar la correspondencia del área de contratación. (...). Atención al público tanto interno como externo. (...) Custodiar y responder por los bienes a su cargo" (fl. 74, C-2)

Igualmente como Técnico administrativo I, el actor además de realizar funciones semejantes a las anteriores, debía *"Revisar, recibir y radicar las solicitudes de elaboración de los respectivos contratos y órdenes (...), radicar y entregar los documentos generados por el área de contratación (...) Entregar y archivar la correspondencia del área"*, haciendo la indicación en algunos de ellos que también debía *"Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo"*⁴

Así mismo, se observa como en el contrato de profesional universitario, se incluyeron las siguientes obligaciones a cargo del contratista:

"h) Presentar mensualmente al supervisor, informes de avance de ejecución de las obligaciones contractuales y periódicamente cuando el supervisor lo exige i) Presentar al Supervisor del contrato al finalizar el plazo de ejecución del contrato, el informe final del contrato respecto de la ejecución, evolución de su objeto y alcances; j) Responder, cuando haya lugar a ello, por los elementos devolutivos que le sean asignados para el desarrollo de sus actividades y hacer entrega de los mismos al momento de la terminación del contrato al supervisor, en coordinación del área de activos fijos-. (...) s) En general las que se desprendan de la naturaleza del contrato y de su objeto y le imparta su supervisor siempre que estén dentro de sus facultades y se enmarquen dentro del objeto del contrato" (fl. 855 vto, C-2)

⁴ Ver folio 503 del C-2

Dichas funciones además fueron reiteradas en los contratos de vinculación como profesional especializado III como se observa al reverso del folio 998, con solo unas variaciones en los siguientes términos:

"e) Presentar mensualmente al supervisor, informes de ejecución de las obligaciones contractuales y periódicamente cuando el supervisor lo exija f) Responder, cuando haya lugar a ello, por los elementos devolutivos y de consumo que le sean asignados para el desarrollo de sus actividades y hacer entrega de los mismos al momento de la terminación del contrato al supervisor, en coordinación del área de activos fijos-. (...) i) Cumplir con las demás instrucciones que le sean impartidas por el supervisor del contrato que se deriven o tengan relación con la naturaleza del mismo y las establecidas por las acuerdo 06 del 2014, Resolución 255 del 2014 por el cual se adopta el manual interno de contratación en lo pertinente a este contrato" (fl. 998 vto, C-2)

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

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

En el contrato de AUXILIAR ADMINISTRATIVO "CLAUSULA SÉPTIMA.- SUPERVISIÓN: La supervisión de la Presente orden de Prestación de Servicios será ejercida por el profesional especializado de la SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA de la Entidad o quien haga sus veces." (fl. 21, C-1)

Bajo los mismos términos quedó plasmado dicho pacto en el contrato de Asistente Administrativo (fl. 26, C1), como en el de Profesional universitario, sólo que dicha vigilancia estaría a cargo del Jefe de la Oficina Jurídica (fl. 36), control que no conlleva la simple supervisión en sí misma, sino también una verdadera relación de subordinación, si se tiene en cuenta que más adelante se pactó en los siguientes términos:

"16) OBLIGACIONES DEL SUPERVISOR: La EMPRESA controlará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones por parte de EL CONTRATISTA a través del supervisor designado, quien ejercerá la supervisión de conformidad con lo dispuesto en las normas internas expedidas para el efecto por la ESE Hospital de Kennedy, la Ley 1474 de 2011, así como en lo estipulado en el presente contrato, el Manual de Contratación de la Entidad, el Manual de Supervisión e Interventoría, y demás normas que reglamente o modifiquen. **PARÁGRAFO:** En desarrollo de su función, el supervisor cumplirá, en especial lo siguiente: a) Atender, vigilar y controlar el desarrollo de la ejecución del contrato. B) Exigir la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y cumplimiento de lo pactado. C) Exigir la calidad de los servicios contratados y en general el objeto contratado de conformidad con las cláusulas aquí insertadas. d) Comunicar a la Oficina Jurídica y de Contratación en forma oportuna, las circunstancias que afecten el normal desarrollo del contrato (...)" (fl. 61vto, C-1)

En virtud de las cláusulas citadas, la supervisión o interventoría por parte de la entidad demandada a través de un Supervisor y en los términos de control y vigilancia referidos, en la ejecución de cada uno de los contratos celebrados con el demandante, podrían derivar en sujeción o dependencia laboral.

Ahora, si bien la entidad consagró como cláusula que *“Las partes dejan constancia que la presente Orden de prestación de servicios en ningún caso será considerada como contrato de trabajo y en desarrollo del mismo, el CONTRATISTA no tendrá ninguna relación de naturaleza laboral con LA EMPRESA y por ende los pagos que se hagan con base en él no son salarios ni generan prestaciones sociales”*⁵, lo cierto es que para esta instancia judicial se encuentra demostrado que la actora debía reportar el cumplimiento de las actividades ordenadas por la entidad, circunstancia que desvirtúa la autonomía e independencia que se predica de un contrato de prestación de servicios.

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

Además de lo anterior, resulta oportuno tener en cuenta que para la época en que el actor estuvo vinculado a la entidad demandada, tanto en el cargo de Auxiliar Administrativo (1º de julio a 30 de septiembre de 2007) como en el de Asistente Administrativo (1º de octubre de 2007 a 31 de diciembre de 2008), mantuvo vigencia el Acuerdo 17 de 10 de diciembre de 1997, expedido por la Junta Directiva del Hospital Occidente de Kennedy 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, y en el que, entre otras disposiciones se estableció:

<i>“I. IDENTIFICACION</i>	
<i>Nivel Jerárquico:</i>	ASISTENCIAL

⁵ Ver a folio 21 del cuaderno principal el contenido clausular transcrito, el cual se incluyó en similares términos en todos los contratos subsiguientes.

Denominación del Empleo:	AUXILIAR ADMINISTRATIVO
Código:	407
Grado:	13
No. de cargos	6
Dependencia	DONDE SE UBIQUE EL CARGO
Cargo del Jefe Inmediato:	QUIEN EJERZA LA SUPERVISION
Naturaleza del Cargo:	CARRERA ADMINISTRATIVA

II. PROPÓSITO PRINCIPAL

Ejecutar labores administrativas de apoyo a las tareas propias de los niveles superiores que garanticen oportunidad, eficiencia y eficacia en el proceso de atención a los usuarios.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

SUBGERENCIA DE PRESTACION DE SERVICIOS, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, OFICINA ASESORA JURIDICA, CONTROL INTERNO.

- Realizar procedimientos administrativos necesarios para el buen funcionamiento de la dependencia.
- Brindar una adecuada, oportuna, eficiente, eficaz, cálida y amable atención al usuario y al público en general y suministrar información, documentos o elementos que sean solicitados, de conformidad con los trámites, autorizaciones y procedimientos establecidos.
- Preparar y presentar los informes sobre las actividades desarrolladas con la oportunidad y periodicidad requeridas.
- Coordinar con el superior inmediato el plan de trabajo a su cargo y responder por su cumplimiento.
- Clasificar, distribuir y entregar los reportes de acuerdo a los procedimientos establecidos para tal fin.
- Realizar actividades relacionadas con la facturación de los procedimientos realizados en el área.
- Segregar y desactivar de forma adecuada los residuos
- Cumplir con los protocolos de bioseguridad
- Asistir a los entrenamientos y/o capacitaciones relacionadas con el tema ambiental
- Cumplir con las disposiciones legales en el tema ambiental
- Cumplir con la Constitución, la Ley y sus reglamentos
- Fomentar el autocontrol y la racionalidad de los recursos de la Institución.
- Propender por el logro de la misión, visión, principios, valores y objetivos corporativos institucionales.
- Diseñar, ejecutar y evaluar el plan de mejoramiento continuo de los procesos y procedimientos inherentes a su cargo.
- Responder por el uso adecuado de los recursos y bienes a su cargo.
- Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.
- Clasificar, conservar y racionalizar los recursos del área.
- Manejar, cuidar y controlar equipos de computo y sus programas de acuerdo a las disposiciones establecidas.
- Efectuar y recibir llamadas telefónicas, transmitiendo o recibiendo los mensajes correspondientes.
- Manejar el archivo de los resultados de exámenes de laboratorio, garantizando su control y organización." (Subrayas fuera de texto)

Acorde con lo anterior, a folio 65 del cuaderno de pruebas, obra la Justificación técnica de la solicitud de contratación del actor, en la que precisó las funciones específicas a desempeñar como Auxiliar administrativo, entre las cuales, además de la relacionada con la vinculación contractual se indicaron las siguientes:

“(…) 2. Revisar, recibir y radicar solicitudes de elaboración de contratos y ordenes 3. Digitar las respectivas minutas de contraros (sic) y ordenes. 4. Digitar oficios de aprobación de póliza, solicitudes de registro presupuestal 5, Realizar los informes requeridos por los diferentes organismos de control. 6. Atención al público interno como externo. 7. Custodiar y responder por los bienes a su cargo. 8. Realizar todas las actividades que sean afines con el objeto de la orden de prestación de servicios”

Igualmente a folio 92 obra dicho formato de justificación, a efectos de realizar la vinculación como Asistente Administrativo, en la cual se consignaron las mismas funciones, circunstancia que permite advertir, que en aquella oportunidad el demandante efectuó labores en idénticas condiciones a los auxiliares administrativos que hacían parte de la planta de personal de la subgerencia administrativa del Hospital de Kennedy III Nivel ESE.

De igual forma, el mencionado Acuerdo estableció:

I. IDENTIFICACION

Nivel Jerárquico:	TECNICO
Denominación del Empleo:	TECNICO ADMINISTRATIVO
Código:	367
Grado:	03
No. de cargos	1
Dependencia	DONDE SE UBIQUE EL CARGO
Cargo del Jefe Inmediato:	QUIEN EJERZA LA SUPERVISION
Naturaleza del Cargo:	CARRERA ADMINISTRATIVA

II. PROPÓSITO PRINCIPAL

Ejecutar labores técnicas relacionadas con la administración del almacén del hospital.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

SUBGERENCIA (ADMINISTRATIVA) - ALMACEN

- *Aplicar las políticas de almacenamiento y los fundamentos del proceso, teniendo en cuenta la conservación de la calidad de los insumos y la racionalidad en el costo del inventario.*
- *Proporcionar a las diferentes unidades funcionales de la Empresa, la información oportuna y confiable en relación con los elementos almacenados, su adecuado manejo, rotación y evaluación a través de indicadores de consumo y gasto.*

- Almacenar, custodiar y distribuir los elementos adquiridos por el hospital y mantener actualizado el registro de ingresos y egresos.
- Elaborar los registros administrativos sobre la organización del almacén, controles, recepción de bienes adquiridos y su mantenimiento, conservación y distribución, de conformidad con las normas que regulan la administración de bienes.
- Verificar que los elementos que ingresan al hospital concuerden con la calidad y cantidad especificadas en los documentos de adquisiciones.
- Hacer entrega a los funcionarios de los elementos a su cargo y velar por su adecuada conservación, realizando pruebas selectivas para verificación de su estado.
- Responder por la seguridad e integridad de los elementos en depósito.
- Controlar permanentemente las existencias de máximos y mínimos e informar oportunamente. Tramitar oportunamente los despachos de bienes y elementos devolutivos y de consumo a las diferentes dependencias del Hospital.
- Responder ante los organismos de control por el deterioro y detrimento de los bienes almacenados bajo su responsabilidad.
- Segregar y desactivar de forma adecuada los residuos
- Cumplir con los protocolos de bioseguridad
- Asistir a los entrenamientos y/o capacitaciones relacionadas con el tema ambiental
- Cumplir con las disposiciones legales en el tema ambiental
- Cumplir con la Constitución, la Ley y sus reglamentos.
- Fomentar el autocontrol y la racionalidad de los recursos de la Institución.
- Propender por el logro de la misión, visión, principios, valores y objetivos corporativos institucionales.
- Diseñar, ejecutar y evaluar el plan de mejoramiento continuo de los procesos y procedimientos inherentes a su cargo.
- Preparar y rendir informes acerca de las actividades realizadas con la oportunidad y periodicidad requeridas.
- Responder por el uso adecuado de los recursos y bienes asignados al servicio a su cargo.
- Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

IV. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)

- Los bienes y elementos en depósito en el Almacén están amparados por condiciones de seguridad e integridad de los mismos.
- El control de existencias de máximos y mínimos permite iniciar la gestión de consecución de los insumos administrados por el Almacén.
- El diligenciamiento de registros sobre la organización, recepción y control de bienes adquiridos corresponden a la veracidad y oportunidad de la información de conformidad con las normas vigentes.
- El diseño y evaluación de indicadores de consumo se constituyen en insumo para el proceso de toma de decisiones administrativas."

Y en tal sentido, bajo la misma denominación (Técnico Administrativo), fue contratado el accionante bajo la justificación de requerirlo para desempeñar funciones como:

"(...) 2. Revisar, recibir y radicar solicitudes de elaboración de contratos y ordenes. Asegurándose que contenga los documentos requeridos de acuerdo al manual interno de contratación.

3. *Digitar las respectivas minutas de contraros (sic) y ordenes constatando que la carpeta contenga los documentos requeridos para cada tipo de contrato.*
4. *Digitar oficios de aprobación de póliza, solicitudes de registro presupuestal*
5. *Realizar los informes requeridos por los diferentes organismos de control.*
6. *Atención al público interno como externo.*
7. *Custodiar y responder por los bienes a su cargo.*
8. *Realizar todas las actividades que sean afines con el objeto de la orden de prestación de servicios.*
8. *Mantener debidamente archivados y foliados los documentos correspondientes a los contratos y ordenes en las carpetas respectivas.*
9. *Elaborar oficios de supervisión de contratos y ordenes.*
10. *Participar en la elaboración de los manuales y procedimientos del área.*
11. *Entregar y archivar la correspondencia del Área de acuerdo a las normas generales sobre archivo"*

De otra parte, como profesional universitario el actor se comprometió a realizar las siguientes actividades:

"(..)

- *Estudiar, proyectar y elaborar respuestas a las peticiones formuladas por los particulares o contratistas ante esta dependencia.*
- *Proyectar respuesta a los demás entes que lo requieran.*
- *Revisar los documentos precontractuales, contractuales y demás documentos relacionados con los mismos. De igual manera los producidos que soporten los procesos licitatorios.*
- *Proyectar resoluciones administrativas que se requieren para el mejor funcionamiento del Hospital.*
- *Proyectar conceptos jurídicos solicitados por la Gerencia, Subdirección Administrativa o cualquier otra dependencia del Hospital.*
- *Estudiar, proponer y definir criterios; absolver consultas; prestar asistencia técnica emitir conceptos jurídicos de la Institución y velar por una adecuada coordinación y unidad técnica materia legal en la Institución.*
- *Orientar el proceso de elaboración de pliegos de condiciones y las minutas de contratos necesarios para la adquisición de los suministros e insumos que demande la empresa y garantizar la validez jurídica de los actos administrativos que se deriven de este proceso, de conformidad con la normatividad vigente.*
- *Coordinar la tramitación de los asuntos de carácter jurídico que soliciten las autoridades jurisdiccionales, policivas, del Ministerio Público, de la Administración Pública y de Salud además de los presentados por personas naturales o jurídicas.*
- *Elaborar el Plan de Desarrollo y el Plan Operativo Anual de la Oficina, en armonía con las políticas, prioridades, objetivos, estrategias, proyectos y metas del Plan de Desarrollo de la Institución, efectuar su seguimiento, evaluación y control con la periodicidad establecida por la Ley, reglamentos y demás normas concordantes sobre la materia.*
- *Definir criterios, coordinar y evaluar los procesos de la oficina así como preparar y presentar los informes sobre actividades desarrolladas, con la oportunidad y periodicidad requeridas.*
- *Participar en la elaboración del Programa de Capacitación y Bienestar de talento Humano.*
- *Participar en la revisión y ajuste del los Sistema de garantía de Calidad y de Control interno de la Institución y responder por su correcta aplicación*
- *Recopilar, seleccionar, estudiar e interpretar normas, procedimientos jurídicos, textos legales, jurisprudencias y doctrinas a fin de dar fundamento jurídico a la toma de decisiones.*
- *Velar por la adecuada difusión de las disposiciones legales en las diferentes dependencias de la institución.*
- *Planear, organizar, coordinar, controlar y evaluar las actividades de la dependencia y gestionar los recursos necesarios para su correcto funcionamiento.*

- *Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la Ley y sus reglamentos, 17 Fomentar el autocontrol y la racionalidad de los recursos de la institución.*
- *Propender por el logro de la misión, visión, principios, valores y objetivos corporativos institucionales.*
- *Diseñar, ejecutar y evaluar el plan de mejoramiento continuo de los procesos y procedimientos inherentes a su cargo.*
- *Rendir informes periódicos de la gestión realizada por la Oficina, de conformidad con las normas administrativas y fiscales vigentes.*
- *Responder por el uso adecuado de los recursos y bienes asignados al servicio de su cargo.*
- *Diseñar formatos normalizados para la elaboración de minutas de contratos, resoluciones y pliegos de condiciones, de acuerdo con los procedimientos adelantados por diferentes dependencias.*
- *Orientar a los contratistas respecto de los requisitos y documentación necesaria para la elaboración, perfeccionamiento y ejecución de los contratos.*
- *Preparar resoluciones de adjudicación de contratos, caducidad administrativa, multas y demás sanciones impuestas a los contratos que celebre el Hospital.*
- *Revisar los aspectos legales referentes a la liquidación de los contratos y elaborar las resoluciones de liquidación unilateral.*
- *Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo" (ver fls. 435 y 469, C-2)*

Así, frente al cargo que cuenta con la misma denominación "Profesional Universitario", en mencionado Acuerdo 017 de 2005, se estipuló:

I. IDENTIFICACION

Nivel Jerárquico:	PROFESIONAL
Denominación del Empleo:	PROFESIONAL UNIVERSITARIO
Código:	219
Grado:	13
No. de cargos	6
Dependencia	DONDE SE UBIQUE EL CARGO
Cargo del Jefe Inmediato:	QUIEN EJERZA LA SUPERVISION
Naturaleza del Cargo:	CARRERA ADMINISTRATIVA

II. PROPÓSITO PRINCIPAL

Realizar labores profesionales propias de la dependencia.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

OFICINA ASESORA JURIDICA (1 CARGO)

- Participar en el diseño y la formulación de procedimientos y sistemas relacionados con los temas jurídicos, con miras a optimizar la actualización de los recursos disponibles y a la simplificación de trámites.
- Analizar, proyectar, perfeccionar y recomendar las acciones jurídicas que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas de la Institución.
- Atender requerimientos de los entes fiscalizadores; velar por el cumplimiento estricto de los términos procedimentales y elaborar las notificaciones de rigor, advirtiendo sobre los recursos que procedan contra las decisiones administrativas.
- Proyectar los actos administrativos requeridos por oficina y/o por la Gerencia.

- Estudiar, evaluar y conceptuar acerca de los asuntos de competencia de la entidad y de la Oficina Jurídica de acuerdo con la normatividad vigente.
- Brindar asesoría jurídica a las unidades orgánico funcionales que lo soliciten, de conformidad con las políticas y disposiciones vigentes, así como velar por el cumplimiento de las mismas.
- Proyectar edictos, autos; visitar los diferentes estrados judiciales y recopilar, seleccionar y estudiar la legislación en salud.
- Proyectar las minutas de contratos, pliegos de condiciones y actos administrativos que se deriven de los procesos licitatorios y de contratación
- Velar por la consecución oportuna de los recursos necesarios y por la racional utilización de los mismos.
- Segregar y desactivar de forma adecuada los residuos
- Cumplir con los protocolos de bioseguridad
- Asistir a los entrenamientos y/o capacitaciones relacionadas con el tema ambiental
- Cumplir con las disposiciones legales en el tema ambiental
- Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la Ley y sus reglamentos.
- Fomentar el autocontrol y la racionalidad de los recursos de la Institución.
- Propender por el logro de la misión, visión, principios, valores y objetivos corporativos institucionales.
- Preparar y presentar los informes sobre las actividades desarrolladas con la oportunidad y periodicidad requeridas.
- Diseñar, ejecutar y evaluar el plan de mejoramiento continuo de los procesos y procedimientos inherentes a su cargo.
- Responder por el uso adecuado de los recursos y bienes a su cargo.
- Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el jefe inmediato de conformidad con la naturaleza del cargo.

IV. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)

Los contratos con formalidades plenas elaborados están acordes a la normatividad interna en materia de contratación y las normas generales.

Los informes a los entes de control responden a la normatividad vigente."

Y por último, en dicho reglamento se establecieron las diferentes funciones que debían desarrollar los funcionarios de planta en el cargo de Profesional Especializado, las cuales guardan relación directa con las señaladas como funciones que el actor se comprometió a desempeñar bajo la denominación de Profesional Especializado III y las cuales fueron consignadas en las justificaciones emitidas para su contratación, como la que obra a folio 901 del C-2, en consecuencia y como se indicó antes, el señor NARANJO DURAN sí fue contratado para realizar actividades en idénticas condiciones a los diferentes funcionarios de planta.

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 de Kennedy III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III y el señor DIEGO ROBERTO NARANJO DURAN, circunstancia que obtiene mayor respaldo probatorio con las declaraciones testimoniales recepcionadas el pasado 21 de febrero de 2018, cuya grabación está contenida en el CD que obra a folio 193 del cuaderno principal.

En ese orden, se analiza el testimonio de la señora NURY DEL PILAR VERA VARGAS quien respecto de los hechos del proceso refirió las diferentes funciones que realizaba el señor Naranjo Durán cuando ella estuvo vinculada a la entidad, las cuales guardan coherencia con las relacionadas en los documentos descritos con anterioridad (Record 06:00) y resulta oportuno resaltar que frente al horario de labores manifestó (Record 6:39) *“si, nosotros tenemos un horario de 7 de la mañana a 5 de la tarde y él cumplía el horario igual que nosotros y pues si se hacía necesario teníamos que trabajar sábados o domingos dependiendo de la necesidad e incluso extendernos en las horas, pero si nos pedíamos que siempre estuviéramos muy puntuales a la hora que era, en la hora del almuerzo solamente podíamos tomar una hora y si en general si.. (...)”*.

Más adelante precisó: (Record 7:42) *“esos horarios eran establecidos directamente por la gerencia, que era quien impartía las directrices u órdenes para la ejecución de las actividades .. (...)”*, al preguntarle si el actor recibía órdenes para la realización de las actividades para las que fue contratado, refirió (Record 7:56) *“si claro se recibían las ordenes, en su momento del Subgerente Administrativo, el señor Milton Ariza, en su momento de la Jefe Jurídica y pues de la Gerencia que eran quienes dictaban todos los lineamientos y nos decían como debíamos realizar todas las actividades. (...)”*; igualmente señaló: *“Inicialmente con nosotros había una funcionaria de planta que realizaba las mismas actividades que nosotros, revisión de documentos todo lo que era el trámite precontractual, contractual, ponía los vistos buenos, hacia aprobación de garantías (...)”*.

Indicó además que los honorarios se hacían mediante pagos mensuales como se indicó en los contratos y cuando se le indagó qué sucedía cuando el señor Naranjo no asistía a sus labores contratadas refirió: (Record: 9:60) *“pues era complejo por que como teníamos el manejo de la contratación y él manejaba una contratación de proveedores también y cuando él hacía falta pues simplemente nos quedábamos sin una persona que estuviera frente a las actividades que eran continuas e ininterrumpidas entonces se podía formar caos”* aclarando que

las actividades realizadas eran de carácter permanente ya que la contratación era un tema que no podía parar nunca (11.05).

Respecto del tema de los permisos señaló *"Nosotros nunca podíamos decir mañana no puedo venir, siempre teníamos que pedir un permiso previo y decir, mañana tengo esta diligencia será que me puede dar el permiso y ellos nos decían si o no"*, aclarando cual era el trámite que debían realizar para el pago de los honorarios.

Posteriormente se le preguntó si la entidad les daba compensatorios por el trabajo realizado en horario extendido, frente a lo cual manifestó (Record: 13:35): *"Si, para las épocas de semana santa o finales de año nosotros teníamos que pagar un tiempo compensatorio adicional, por ejemplo si salíamos a las 5 nos teníamos que quedar hasta las 6:30, nos hacían firmar planillas para que nos dieran 2 o 3 días de compensatorios en esas fechas"*.

En la oportunidad de la réplica de la parte demandada, quien al volver sobre el tema de los permisos, le preguntó a la testigo si para ello existía algún formato o simplemente avisaban que no iban a asistir, al respecto, ella precisó: (Record: 14:55) *"Como ya le manifestaba puede que no había ningún formato, pero no era un tema de aviso, yo aviso que me voy y me voy, no, yo tenía que pedir autorización para saber si me podía ausentar al otro día, era de manera verbal pero siempre era eso (...)*

Por último, frente a la pregunta del Despacho respecto del tiempo que compartieron en actividades manifestó que (Record: 16:41) *"Diego entró más o menos el 2 de julio o junio de 2007 yo había entrado en enero y trabaje hasta el 31 de diciembre de 2010 (...) él quedó ahí"*

Posteriormente se recibió la declaración del señor NILSON VLADIMIR CARRILLO (Record: 20:47) verificó lo dicho por la anterior testigo en cuanto a cargos ocupados por el demandante, las funciones realizadas en cada uno de ellos (Record 21:03 y 36:45), respecto de lo cual refirió, entre otras circunstancias que en el último de ellos fungía básicamente como jefe de la oficina de contratación, así como frente al horario de trabajo frente al cual precisó que *"el horario que había fijado el hospital era de 7 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a jueves y los viernes de 7 de la mañana a 4 de la tarde"* (Record 26:45).

Igualmente ratificó lo concerniente a las órdenes recibidas para el ejercicio de sus actividades, la exigencia de cumplimiento de horario lo que les implicaba incluso presentarse en por fuera del horario fijado, la periodicidad y requisitos del pago efectuado por la entidad, la problemática para solicitud de permisos y en general los

demás aspectos referidos por la señora Vera Vargas, aclarando que en algunas ocasiones *"Si representaba como coordinador de la oficina ante la Secretaría, ante la Contraloría y la Personería, salía a representar al hospital como profesional universitario"* (Record: 33:51).

Así mismo refirió la permanencia de las actividades desempeñadas por el actor, la continuidad de los contratos y la existencia de cargos de planta que realizaban similares funciones, frente a lo cual precisó, (Record: 39:37) *"si, en la planta habían técnicos, habían asistentes, y pues ellos aun cuando era en otras áreas desarrollaban más o menos lo mismo que eran presentación de informes, archivar, (...) si habían cargos de planta (...) que desarrollaban similares las actividades"*

Por su parte, del interrogatorio rendido por el señor DIEGO ROBERTO NARANDO DURÁN se destaca que: (i) Trabajó al servicio del Hospital de Kennedy III Nivel ESE; (ii) Prestó sus servicios como Auxiliar Administrativo, Asistente Administrativo, Técnico Administrativo, Profesional Universitario y Profesional Especializado, todos ellos 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 9 y 8 horas diarias, 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 de Kennedy III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Occidente 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 NARANDO DURÁN, 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. (...).

Bajo las anteriores consideraciones, se reitera entonces que entre el señor DIEGO ROBERTO NARANDO DURÁN y el Hospital de Kennedy III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Occidente ESE, existió una verdadera relación laboral, la cual se encontraba oculta por un contrato de prestación de servicios, por lo cual este Despacho pasará a verificar si en el asunto de la referencia se configura la prescripción extintiva de los contratos suscritos o el fenómeno jurídico de la caducidad de las prestaciones sociales reclamadas por la demandante.

Prescripción extintiva del derecho en contrato realidad

La prescripción "tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que para reclamar los derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos"⁶; no obstante, en

⁶ Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso No. 680012331000200900636 01

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 ocurrir:

"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 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016, fecha en que finalizó el último contrato de prestación de servicios que corresponde al No. 933 de 2016, de conformidad a los contratos obrantes en el expediente y a la certificación expedida por el Profesional Universitario de la entidad demandada, obrantes a folios 14 a 18 del cuaderno 1º y 1º a 1022 del C-2 del expediente.

Así las cosas, se advierte que la parte actora tenía hasta el 31 de mayo de 2019, para reclamar la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Entonces, revisadas las documentales obrantes en el expediente se logró demostrar que la actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 11 de octubre de 2016 (Fl. 3), mediante el cual solicitó, ante la existencia de una relación laboral, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por lo cual queda plenamente demostrado que no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por la demandante en el asunto de la referencia, en consideración a que no se superó el término de 3 años con que contaba para provocar el pronunciamiento de la entidad.

Caducidad de las prestaciones sociales reclamadas por la demandante

Al respecto debemos remitirnos al análisis y decisión adoptadas en la audiencia inicial (fl. 75), oportunidad en la que se concluyó que en el presente asunto no había operado dicho fenómeno jurídico.

En ese sentido, al encontrarse comprobada la existencia de una relación laboral este Despacho ordenará el reconocimiento al pago de las prestaciones sociales que le corresponden por ley a los servidores que ostentan los cargos desempeñados por el demandante (*auxiliar administrativo, asistente administrativo, técnico administrativo, profesional universitario y profesional especializado en el área administrativa de la entidad demandada*), debidamente indexadas, precisándose que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos de tiempo correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Respecto de las vacaciones, se señala que no constituyen factor salarial, toda vez que las mismas *“no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador (...)”*⁷, que se otorga al cumplir un año de prestación de servicios, situación que además no concurrió en el asunto de la referencia en consideración a que cada uno de los contratos celebrados no superó el término de un

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

(1) año de que trata el artículo 8º del Decreto 1045 de 1978⁸, circunstancia que permite concluir que la demandante no adquirió tal derecho y por ende, no pueden ser reconocidas en dinero como compensación, en tal sentido el Despacho no accederá a su reconocimiento.

En relación con la devolución de los dineros por concepto de aportes a la Seguridad Social Integral (salud, pensión), el Despacho siguiendo la pauta jurisprudencia trazada por la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, ordenará que la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE tome el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, 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 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016 (descontando los días de interrupción).

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

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

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

En consecuencia:

- (i) Se decretará la nulidad del Oficio No. 110-298/2016 del 11 de noviembre de 2016, mediante el cual se negó al actor el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales;
- (ii) Se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador;
- (iii) Respecto de las cotizaciones efectuadas por el actor a la aseguradora de riesgos laborales, se ordenará devolver las sumas canceladas por este concepto, en consideración a recaen en un aporte que no es compartido por las partes, pues su pago atañe únicamente al empleador⁹, previo a que el accionante acredite las cotizaciones sufragadas a la administradora de riesgos laborales en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016.
- (iv) Se declarará que el tiempo laborado por el demandante como auxiliar administrativo, asistente administrativo, técnico administrativo, profesional universitario y profesional especializado en el área administrativa de la entidad demandada, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital de Kennedy III Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III desde el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y
- (v) Se reconocerá y pagará al señor DIEGO ROBERTO NARANJO DURAN,

⁹ Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994.

identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.723.265 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que devenga un auxiliar administrativo, asistente administrativo, técnico administrativo, profesional universitario y profesional especializado en el área administrativa, proporcional al tiempo en que desempeñó cada uno de ellos, dentro del Hospital de Kennedy III Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III, en proporción a cada uno de los periodos contratados y comprendidos desde el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados.

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

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

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. 110-298/2016 del 11 de noviembre de 2016, expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III, mediante el cual se negó al actor la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, tal como se indicó en la parte motiva.

TERCERO.- Devolver las sumas que canceló el actor a la aseguradora de riesgos laborales, en consideración a recaen en un aporte que no es compartido por las partes, pues su pago atañe únicamente al empleador¹⁰, previo a que el accionante acredite las cotizaciones sufragadas a la administradora de riesgos laborales en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016.

CUARTO.- Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como auxiliar administrativo, asistente administrativo, técnico administrativo, profesional universitario y profesional especializado en el área administrativa, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital de Kennedy III Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III desde el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

¹⁰ Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994.

QUINTO.- Se reconocerá y pagará al señor DIEGO ROBERTO NARANJO DURAN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.723.265 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que hubiese devengado un auxiliar administrativo, asistente administrativo, técnico administrativo, profesional universitario y profesional especializado en el área administrativa del Hospital de Kennedy III Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE – Hospital de Kennedy III, en proporción a cada uno de los periodos contratados y comprendidos desde el 1º de julio de 2007 al 31 de mayo de 2016, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados.

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

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

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

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

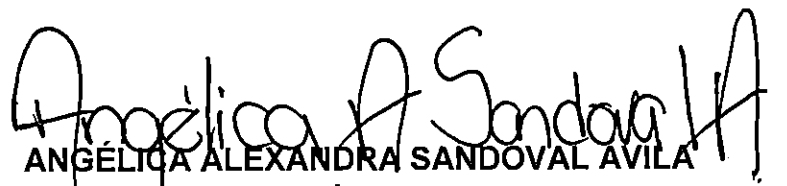
OCTAVO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

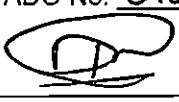
NOVENO.- Sin lugar a condena en costas.

DÉCIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad

Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 13 de junio de 2018 se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>640</u>.  _____ DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario

MPV.