



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

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2018-00034-00
Demandante: SYLVIA SALAMANCA ARANGO
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE.
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia de primera instancia –Contrato realidad

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Sylvia Salamanca Arango en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE.

I. ANTECEDENTES

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

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio OJU-E-1643-2017 del 28 de agosto de 2017, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales derivadas de la relación laboral y reglamentaria que existió entre las partes.

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

Declarar la existencia de la relación laboral y/o contrato de trabajo entre la señora Sylvia Salamanca Arango y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE.

Declarar que en la relación laboral de las partes no existió solución de continuidad en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2004 al 30 de junio de 2017.

Declarar que el último salario devengado por la actora al servicio del Hospital de Meissen II Nivel ESE corresponde a la suma de \$2.641.000 M/CTE.

Cancelar las cesantías y los intereses de cesantías, debidamente indexadas correspondientes al periodo comprendido entre el 15 de enero de 2004 hasta el 30 de junio de 2017.

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

Reconocer y pagar las prestaciones sociales, tales como primas de navidad, primas semestrales, vacaciones, primas de servicios y primas de antigüedad, que correspondan al periodo comprendido entre el 15 de enero de 2004 hasta el 30 de junio de 2017, sumas que deben ser indexadas.

Devolver los dineros correspondientes a los aportes en salud, pensión y riesgos laborales cancelados por la actora en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2004 y el 30 de junio de 2017, debidamente indexados.

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

Pagar a la señora Salamanca los valores que resulten del subsidio de transporte por el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2004 y el 30 de junio de 2017.

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

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

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

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

1. La señora Ramírez prestó sus servicios como Enfermera Jefe del Hospital de Meissen II Nivel ESE, bajo los siguientes contratos:

NO. CONTRATO	DESDE	HASTA
2-151-2014	15 de enero de 2004	31 de marzo de 2004
2-299-2004	1º de abril de 2004	30 de junio de 2004
2-479-2004	1º de julio de 2004	15 de octubre de 2004
2-633-2004	16 de octubre de 2004	31 de diciembre de 2004
2-145-2004	3 de enero de 2005	31 de marzo de 2005
2-272-2005	1º de abril de 2005	30 de junio de 2005.
2-457-2005	1º de julio de 2005	2 de enero de 2006
2-102-2006	3 de enero de 2006	31 de marzo de 2006
2-289-2006	1º de abril de 2006	31 de julio de 2006
2-317-2006	1º de agosto de 2006	1º de enero de 2007
2-142-2007	2 de enero de 2007	30 de marzo de 2007
2-141-2007	1º de abril de 2007	30 de junio de 2007
2-446-2007	1º de julio de 2007	2 de enero de 2008
2-197-2008	3 de enero de 2008	31 de marzo de 2008
2-305-2008	1º de abril de 2008	30 de junio de 2008
2-455-2008	1º de julio de 2008	1º de enero de 2009
2-084-2009	2 de enero de 2009	31 de marzo de 2009
2-366-2009	1º de abril de 2009	3 de enero de 2010
2-184-2010	4 de enero de 2010	3 de enero de 2011
2-091-2011	4 de enero de 2011	31 de marzo de 2011
2-568-2011	1º de abril de 2011	30 de junio de 2011
2-861-2011	1º de julio de 2011	3 de enero de 2012
2-153-2012	4 de enero de 2012	30 de abril de 2012
291-2012	1º de mayo de 2012	12 de agosto de 2012
1666-2012	13 de agosto de 2012	31 de octubre de 2012
2209-2012	1º de noviembre de 2012	10 de diciembre de 2012
2976-2012	11 de diciembre de 2012	1º de enero de 2013
O-147-2013	2 de enero de 2013	31 de enero de 2013
O-955-2013	1º de febrero de 2013	31 de mayo de 2013
O-2663-2013	1º de junio de 2013	1º de julio de 2013
O-3537-2013	2 de julio de 2013	29 de julio de 2013
O-4410-2013	30 de julio de 2013	2 de septiembre de 2013
O-5275-2013	3 de septiembre de 2013	1º de enero de 2014
O-36-2014	4 de enero de 2014	31 de enero de 2014
O-870-2014	1º de febrero de 2014	30 de abril de 2014
O-2450-2014	1º de mayo de 2014	30 de julio de 2014
O-2702-2014	1º de agosto de 2014	31 de agosto de 2014
O-3490-2014	1º de septiembre de 2014	1º de octubre de 2014
O-4281-2014	1º de octubre de 2014	30 de noviembre de 2014
O-5110-2014	1º de diciembre de 2014	1º de enero de 2015
O-32-2015	2 de enero de 2015	31 de enero de 2015
O-818-2015	1º de febrero de 2015	28 de febrero de 2015

O-1607-2015	1º de marzo de 2015	30 de septiembre de 2015
O-2619-2015	1º de octubre de 2015	3 de enero de 2016
O-031-2016	4 de enero de 2016	17 de agosto de 2016
001733	18 de agosto de 2016	31 de agosto de 2016
3013-2016	1º de septiembre de 2016	7 de enero de 2017
1479-2017	6 de enero de 2017	15 de enero de 2017
3855-2017	1º de febrero de 2017	30 de junio de 2017

2. La actora se desempeñó como Enfermera Jefe en el Hospital de Meissen II Nivel ESE, con las funciones descritas en los contratos de servicios.
3. Como jefes de la actora fueron: Anestesiólogos: Dr. Julio Trillos, Dr. Luis Amaris, Dra. Consuelo Camacho, Dr. Darío Ospina, Dr. Juan Guillermo Rey, Dr. Oscar Silva, Dr. Alejandro Zárate; Ginecólogos: Dr. José Turbay, Dra. Gloria Andrade, Dr. Julio Mendoza, Dra. Lorena Santamaría, Dr. José Jiménez, Dra. Marcela Gómez y Dra. Claudia Gómez, entre otros.
4. El horario de trabajo que cumplió a cabalidad la actora fue por turnos de siete horas; sábados y domingos de 7:00 am a 19:00 pm.
5. La actora para faltar o ausentarse de su labor debía solicitar permiso o autorización a los jefes inmediatos.
6. La demandante prestó sus servicios al Hospital de Meissen II Nivel ESE de manera subordinada por parte de los diferentes médicos de turno y personal administrativo.
7. En el Hospital de Meissen II Nivel ESE existen trabajadores de planta, quienes desempeñan las mismas funciones ejercidas por la actora, como Enfermera Jefe.
8. La señora Salamanca efectuó el pago de los aportes de manera independiente a la NUEVA EPS, y a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, durante el tiempo que prestó sus servicios a la entidad demandada.
9. La actora obtuvo la pensión de vejez el 24 de junio de 2011, por las cotizaciones realizadas como independiente al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, según Resolución No. 021534 de 2011.

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

12. El Hospital de Meissen II Nivel ESE prescindió de los servicios de la actora a partir del 1º de julio de 2017, sin que medie justa causa.

13. La demandante radicó ante la Sur Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, escrito en ejercicio del derecho de petición el 15 de agosto de 2017, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y factores salariales, la indemnización por despido y el pago por concepto de las cotizaciones al sistema de seguridad social durante todo el tiempo de la prestación de servicios.

14. La subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE expidió el acto administrativo No. OJU-E-1643-2017, a través del cual negó la anterior solicitud a la actora.

15. La parte demandante solicitó conciliación prejudicial en cumplimiento del requisito de procedibilidad el 10 de noviembre de 2017, sin que haya existido ánimo conciliatorio por parte de la entidad demandada, por lo cual, la Procuraduría 129 Judicial II, expidió constancia de no conciliación.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 13, 25, 53, 123 y 125 de la Constitución Política; artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3148 de 1968; Decreto 3138 de 1968; Decreto 1848 de 1969; artículo 58 del Decreto 1042 de 1978; artículos 8º, 17, 26, 32, 33, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; Ley 33 de 1985; artículo 99 de la Ley 50 de 1990; Ley 226 de 1966; Ley 344 de 1996; Ley 432 de 1998; Decreto 1252 de 2000; Decreto 1919 de 2002 y precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Indicó que el Hospital de Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE al desconocer la relación laboral con la señora Salamanca vulneró sus derechos a la igualdad, trabajo y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Adujo que la actora laboró al servicio del Hospital bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, con turnos de siete horas de lunes a viernes; sábados y domingos en horarios extendidos de 07:00 am a 19:00 pm, cumpliendo órdenes de médicos de turno y personal administrativo, percibiendo como contraprestación de sus servicios una remuneración económica, presentándose de esta manera los requisitos del contrato laboral, como son: la prestación personal del servicio, la subordinación y la contraprestación de los servicios.

Señaló que la actora prestó sus servicios de manera ininterrumpida durante 13 años al Hospital a través de contratos de prestación de servicios, con los que se pretendió ocultar la verdadera relación laboral que existió entre las partes.

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

Manifestó que las prestaciones sociales deben reconocerse a título de reparación del daño a favor de la actora junto con las cesantías, debidamente liquidadas con base al valor pactado en los contratos de prestación de servicios, de conformidad a lo dispuesto por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia.

Finalmente, discurrió que la actora prestó sus servicios a la entidad demandada de manera continua por el término de 13 años, ejerciendo funciones inherentes a la razón social del Hospital de Meissen II Nivel ESE, como es la prestación de servicios de salud, teniendo en cuenta que se desempeñó como Enfermera Jefe.

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

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

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 325 a 338).

El apoderado de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE –Hospital Meissen II Nivel ESE, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la entidad que representa no tiene facultad nominadora, razón por la cual, el acto administrativo acusado no está revestido de causal alguna de ilegalidad, teniendo en cuenta que el mismo da respuesta a una petición de la parte actora con base en razones de hecho y de derecho.

Afirmó que entre las partes no existió una relación laboral, toda vez que la actora prestó sus servicios al Hospital con plena autonomía, razón por la cual, no concurren los elementos jurídicos de la “*subordinación, horario y salario*”.

Señaló que la contratista no fue despedida sin justa causa, en consideración a que por la naturaleza de su vinculación a través de contratos de prestación de servicios, su vínculo finalizó en la fecha de terminación de los contratos acordada por las partes.

Adujo que la actora fue vinculada mediante contratos de arrendamiento de servicios profesionales, utilizando para la ejecución de los mismos sus propios medios y que para desvirtuar tal condición, no acreditó los siguientes requisitos del contrato laboral, a saber: la subordinación que es a primera vista el requisito de toda relación laboral y el cumplimiento de un horario laboral, puesto que realizaba las actividades de cada contrato en cualquier tiempo de manera independiente.

Por lo anterior, discurrió que la entidad que representa siempre ha actuado dentro de los parámetros y facultades que otorga la Ley, en principio de la buena fe que regula las relaciones contractuales, por ende las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

De otro lado, propuso las excepciones denominadas: **"PRESCRIPCION"**, respecto de cualquier derecho que se hubiere causado a favor de la actora y que se encuentre cobijado por la disposición contenida en el artículo 151 del CPC, la cual se resolvió en la etapa de excepciones de la audiencia inicial; **"AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL CONTRATISTA"**, al considerar que la actora estuvo vinculada en forma simultánea con la IPS CRUZ BLANCA, del 17 de julio de 2009 al 09 de marzo de 2010 y con la IPS SALUDCOOP. En el periodo comprendido desde 17 de julio de 2009 hasta el 09 de marzo de 2010, de manera que tenía plena autonomía y discrecionalidad en el manejo de su tiempo y horarios, lo que le permitía tener múltiples contratos con diferentes entidades; **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y DEL DERECHO"**, en atención a que la actora de manera libre y voluntaria optó vincularse con la entidad bajo contratos de arrendamiento de servicios personales; **"INEXISTENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD"**, al señalar que la actora no logró demostrar la verdadera existencia de una relación laboral entre las partes; **"PAGO"**, al cancelarse de buena fe y de manera oportuna las sumas de dinero en cumplimiento de lo pactado en los contratos de prestación de servicios; **"AUSENCIA DE VINCULO DE CARÁCTER LABORAL"**, toda vez que al suscribirse los contratos de prestación de servicios se excluye de manera expresa la relación laboral; **"COBRO DE LO NO DEBIDO"**, puesto que no ha nacido obligación alguna para la demandada, al cancelarse honorarios dado el tipo de contrato celebrado; **"RELACIÓN CONTRACTUAL CON EL ACTOR NO ERA DE NATURALEZA LABORAL"**, por cuanto el contratante presentó su oferta laboral como contratista independiente conservando su autonomía y objeto del contrato de acuerdo a las normas y reglamentos del Hospital; **"BUENA FE"**, consistente en que la entidad que representa actuó en cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993; **"PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS CELEBRADO ENTRE LAS PARTES"**, al indicar que los contratos de prestación de servicios suscritos se encuentran amparados legalmente con base en la documentación que reposa en la entidad, los cuales gozan de presunción de legalidad y **"EXCEPCIÓN INNOMINADA"**, respecto de las demás excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 7 de septiembre de 2018 (Fl. 440), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, el apoderado de la parte actora estando dentro de la oportunidad legal presentó escrito de alegatos el 20 de septiembre de 2018 (Fls. 442-467), en el que además de ratificar los hechos, pretensiones de la demanda, fundamentos jurídicos y concepto de violación, precisó que en el asunto de la referencia quedó demostrada la verdadera existencia de una relación laboral entre las partes, la cual se encontraba oculta bajo la modalidad del contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que la actora prestó sus servicios de manera personal, bajo la subordinación de los jefes inmediatos y percibió una remuneración como contraprestación de sus servicios prestados.

Agregó que de conformidad con la Ley 100 de 1993, es permitido ostentar un trabajo como dependiente en otra entidad y un contrato de presunto de prestación de servicios, con el Hospital de Meissen; hecho que la Ley permite para que el afiliado pueda aumentar el ingreso base de cotización.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada allegó escrito de alegatos dentro del término legal el 21 de septiembre de 2018, tal como se advierte a folios 468 a 471 del expediente, en el que afirmó que con los documentos aportados con la demanda y la declaración de la demandante, se puede apreciar la ausencia de subordinación, exclusividad y la autonomía e independencia de la contratista, quien se vinculó con otras entidades en forma paralela y simultánea, lo cual desvirtúa la pretendida relación laboral, además de probarse con esto la excepción denominada *"AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DEL CONTRATISTA"*.

Finaliza indicando que la demandante fue pensionada por COLPENSIONES a través de la Resolución No. 02534 de 24 de junio de 2011, cesando desde esa fecha sus aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

II. CONSIDERACIONES

1. **DECISIÓN DE EXCEPCIONES:** Las denominadas *"AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DEL CONTRATISTA"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y DEL DERECHO"*, *"INEXISTENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD"*, *"PAGO"*, *"AUSENCIA DE VINCULO DE CARÁCTER LABORAL"*, *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"RELACIÓN CONTRACTUAL CON EL ACTOR NO ERA DE NATURALEZA LABORAL"*, *"BUENA FE"*, *"PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS CELEBRADO ENTRE LAS PARTES"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito alguna, pues la finalidad de ésta es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

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

Por lo anterior, este Despacho procederá a estudiar de fondo si la prescripción extintiva del derecho se configuran en el asunto de la referencia, previo a verificar la existencia de la relación laboral de la señora Sylvia Salamanca Arango con el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE.

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

2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada por este Despacho el 10 de julio de 2018 (Fls. 352 a 355), se fijó el litigio de la siguiente manera:

- ¿Es procedente la declaratoria de nulidad del Oficio No. 20170310153442 del 28 de agosto de 2017, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, negó el reconocimiento y pago de las acreencias salariales y laborales y, en consecuencia, se declare la existencia de la relación laboral entre las partes y se paguen las diferencias prestacionales reclamadas por la actora, durante el tiempo que prestó sus servicios personales en dicha entidad?

3. ACERVO PROBATORIO.

- PRUEBAS DOCUMENTALES

3.1. Copia simple de contrato de prestación de servicios No. 2-151-2004 del 15 de enero de 2004, junto con sus adiciones o prórrogas (Fls. 49 a 52).

3.2. Copia simple de contrato de prestación de servicios No. 2-299-2004 del 1º de abril de 2004 (Fl. 53 a 54).

3.3. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-479-2004 del 29 de junio de 2004, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 55 a 59).

3.4. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-633-2004 del 15 de octubre de 2004, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 60 a 64).

3.5. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-145-2005 del 3 de enero de 2005 (Fls. 65 a 66).

3.6. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-272-2005 del 1º de abril de 2005 (Fls. 67 a 68).

3.7. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-457-2005 del 1º de julio de 2005, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 69 a 76).

3.8. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-102-2006 del 2 de enero de 2006, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 77 a 79).

3.9. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-289-2006 del 31 de marzo de 2006, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 80 a 82).

3.10. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-317-2006 del 1º de agosto de 2006, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 83 a 92).

3.11. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-142-2007 del 2 de enero de 2007 (Fls. 93 a 95).

3.12. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-141-2007 del 30 de marzo de 2007 (Fls. 96 a 97).

3.13. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-446-2007 del 29 de junio de 2007, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 98 a 105).

3.14. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-197-2008 del 3 de enero de 2008 (Fls. 106 a 108).

3.15. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-305-2008 del 1º de abril de 2008 (Fls. 109 a 111).

3.16. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-455-2008 del 24 de junio de 2008, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 112 a 119).

3.17. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-084-2009 del 2 de enero de 2009 (Fls. 120 a 121).

3.18. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-366-2009 del 1º de abril de 2009, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 122 a 130).

3.19. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-184-2010 del 4 de enero de 2010, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 131 a 140).

3.20. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-091-2011 del 3 de enero de 2011, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 141 a 143).

3.21. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-568-2011 del 1º de abril de 2011, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 141 a 143).

3.22. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-861-2011 del 1º de julio de 2011, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 147 a 154).

3.23. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-153-2012 del 2 de enero de 2012, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 155 a 157).

3.24. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 291 del 30 de abril de 2012, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 158 a 163).

3.25. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 1666 del 13 de agosto de 2012, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 164 a 168).

3.26. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2209 del 1º de noviembre de 2012, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 169 a 173).

3.27. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2976 del 1º de diciembre de 2012 (Fls. 174 a 176).

3.28. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-147 del 2 de enero de 2013 (Fls. 177 a 179).

3.29. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-955 del 1º de febrero de 2013 (Fls. 180 a 182).

3.30. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-2663 del 31 de mayo de 2013, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 183 a 187).

3.31. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-3537 del 2 de julio de 2013 (Fls. 188 a 190).

3.32. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-4410 del 29 de julio de 2013, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 191 a 197).

3.33. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-5275 del 3 de septiembre de 2013, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 198 a 203).

3.34. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-36 del 3 de enero de 2014 (Fls. 204 a 205).

3.35. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-870 del 31 de enero de 2014 (Fls. 206 a 208).

3.36. Copia simple e incompleta del contrato de prestación de servicios No. O-2450 de 2014 (Fl. 209).

3.37. Copia simple e incompleta del contrato de prestación de servicios No. O-2702 de 2014 (Fl. 210).

3.38. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-3490 del 1º de septiembre de 2014, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 211 a 215).

3.39. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-4281 del 1º de octubre de 2014, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 216 a 224).

3.40. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-5110 del 1º de diciembre de 2014 (Fls. 225 a 227).

3.41. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 32 del 2 de enero de 2015 (Fls. 228 a 230).

3.42. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-818 del 30 de enero de 2015 (Fls. 231 a 233).

3.43. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-1607 del 25 de febrero de 2015 (Fls. 234 a 236).

3.44. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-2619 del 25 de septiembre de 2015, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 237 a 241).

3.45. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-031 del 4 de enero de 2016, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 242 a 252).

3.46. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 001733 del 18 de agosto de 2016 (Fls. 253 a 254).

3.47. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 003013 del 1º de septiembre de 2016, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 255 a 259).

3.48. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 001479 del 6 de enero de 2017 (Fls. 260 a 261).

3.49. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 003855 del 1º de febrero de 2017, con sus respectivas adiciones y prórrogas (Fls. 262 a 265).

3.50. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la demandante (Fl.3).

3.51. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 15 de agosto de 2017, mediante el cual la señora Salamanca solicitó el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales como contraprestación de sus servicios y de las cotizaciones al sistema de seguridad social derivadas de cada uno de los contratos (Fls.4 a 8).

3.52. Oficio OJU-E-1643-2017 radicado No. 201703510141301 del 28 de agosto de 2017, por el cual la entidad demandada niega lo solicitado en la anterior petición (Fls.9 a13).

3.53. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante el Hospital Meissen II Nivel ESE el 15 de agosto de 2017, a través del cual solicitó las copias

de las adiciones y prórrogas correspondientes al tiempo comprendido entre el 15 de enero de 2004 y el 30 de junio de 2017 (Fls. 47 a 48).

3.54. Copia simple de la certificación de los contratos de presentación de servicios celebrados entre las partes, donde se relaciona el tiempo de cada uno, el objeto o perfil "ENFERMERA JEFE", la cuantía y las actividades específicas; expedida el 23 de agosto de 2017, por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de servicios de Salud Sur ESE (Fls.14 a 15).

3.55. Solicitud de conciliación presentada ante la Procuraduría General de la Nación (Fl.16).

3.56. Constancia de trámite conciliatorio extrajudicial proferida por la Procuraduría 129 Judicial II Administrativa (Fls.17 a 20).

3.57. Certificación de los contratos de presentación de servicios celebrados entre las partes, expedida el 20 de enero de 2011, por la Subdirectora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel ESE (Fl.21).

3.58. Certificación de los contratos de presentación de servicios celebrados entre las partes, expedida el 12 de octubre de 2012, por el Asesor del Hospital Meissen II Nivel ESE (Fls.22 a 23 y 24 a 25).

3.59. Certificación de los contratos de presentación de servicios celebrados entre las partes, expedida el 30 de mayo de 2014, por la Subdirectora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel ESE (fls.26 a 27).

3.60. Certificación de los contratos de presentación de servicios celebrados entre las partes, expedida el 27 de noviembre de 2014, por la Subdirectora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel ESE (fls.28 a 29).

3.61. Certificación de los contratos de presentación de servicios celebrados entre las partes, expedida el 29 de julio de 2015, por la Subdirectora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel ESE (fls.30 a 31).

3.62. Reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, actualizado a 1º de noviembre de 2017 (fls.32 a 34).

3.63. Copia simple de la Resolución No. 021534 del 24 de junio de 2011, expedida por el Instituto de Seguro Social – ISS, por la cual se reconoció pensión de vejez a la demandante (fls.35 a 39).

3.64. Certificación de aportes por concepto de cotización a salud, desde el 01/08/2008 hasta 01/12/2017, expedida por la NUEVA EPS S.A., el 30 de noviembre de 2017 (fls.40 a 46).

3.65. Copia del manual de funciones del cargo de Enfermera Profesional, de la planta de la entidad (fls. 367 a 426).

3.66. Copia simple de la certificación de los contratos de presentación de servicios celebrados entre las partes, donde se relaciona el tiempo de cada uno, el objeto o perfil “*ENFERMERA JEFE*”, y la cuantía; expedida el 31 de julio de 2018, por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de servicios de Salud Sur ESE (Fl.430).

- PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaraciones rendidas el 8 de agosto de 2018, por las personas Jessika Paola Triana Sagastuy, Jenny Patricia Urbina García, Jessica Andrea Carrizosa Acosta, Fredy Alexander Martínez Jiménez y Sylvia Salamanca Arango (Fls. 431 a 437), las cuales se encuentran en medio magnético obrante a folio 438 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

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;*

estatuto del trabajo, y determinó como principios fundamentales del derecho laboral entre otros la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, todas las necesidades que va creando la sociedad dentro de sus relaciones interpersonales deben ser provistas por las entidades administrativas a través de los diferentes empleos públicos creados por el Estado 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, los cuales se deben celebrar por el término estrictamente indispensable. No obstante lo anterior, el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado por las entidades administrativas para ocultar verdaderas relaciones de trabajo.

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

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.

requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

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

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

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

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

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

c. Un salario como retribución del servicio.

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

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

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

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

"(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En la parte resolutive dispuso:

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

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

Ahora bien, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamiento ha indicado que la continuada subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como

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

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

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

"(...)

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

En otras palabras, el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de

la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión." (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.

El pensionado que celebra contratos de prestación de servicios

El Consejo de Estado ha considerado que la persona pensionada en el sector público, no tiene la calidad de servidor público, por tal razón no le es aplicable la restricción prevista en el artículo 128 de la Constitución Política y demás normas que regulan la doble asignación, a saber:

"Sin perjuicio de aceptar que la pensión de jubilación es una asignación en los términos señalados, la incompatibilidad no cobija al beneficiario de la misma, en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público - el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado -, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas, de los empleos y de su retribución pecuniaria.

Como se recuerda el decreto 1713 de 1960, artículo 1º, literales c) y d), permitía a los pensionados recibir otra asignación siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo no excediera de mil doscientos pesos mensuales, y también a los miembros de las fuerzas armadas que disfrutaran de pensión o de sueldo de retiro. Luego el decreto 1042 de 1978, artículo 32, literal c) restringió la excepción a los jubilados que ejercieran los cargos allí señalados, si el valor sumado de la pensión y el sueldo no excediera la remuneración fijada para los Ministros del Despacho y reiteró la relativa a los antiguos miembros de las fuerzas armadas..

En la actualidad el artículo 19 de la ley 4a de 1992, autoriza recibir más de una asignación al personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública, cuando se percibe por concepto de sustitución pensional, así como las que a la fecha de entrada en vigencia de la ley, beneficiaran a los servidores oficiales docentes pensionados, reguladas estas últimas en el literal g), respecto del cual la Sala en el Concepto 1305 de 2000, señaló que existe compatibilidad entre el goce de pensión de jubilación y el ejercicio de empleos docentes, al considerar que las normas a que él se remite son "...aquéllas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público". Por vía de ejemplo se menciona que el parágrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1994, sustituido por el parágrafo del artículo 20 de la ley 617 de 2000, establece la compatibilidad de la pensión o sustitución pensional

y de las demás excepciones previstas en la ley 4a, con los honorarios que perciben los concejales.

De ésta forma, la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los artículos que regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador, de lo cual se sigue que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley.

La Sala responde

1. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4a de 1992, el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.

2y3. La prohibición contenida en las disposiciones aludidas se predica de toda persona que se llegue a encontrar ubicada en el contexto de la función pública, como servidor público. El particular no está sujeto a la prohibición y por tanto no le resulta incompatible celebrar más de un contrato estatal, salvo que ejerza temporalmente funciones públicas o administrativas.

4. Los beneficiarios de pensiones públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público."³

De lo anteriormente expuesto se colige que los pensionados están facultados para celebrar contratos de prestación de servicios que se paguen con recursos que provengan del erario, además de percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la Ley.

2. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Sylvia Salamanca Arango, a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio OJU-E-1643-2017, radicado No. 201703510141301 del 28 de agosto de 2017, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, negó la existencia de una relación laboral y como consecuencia negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1344 del 10 de mayo de 2011, CP Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

En ese sentido, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido es menester corroborar si en los contratos de prestación de servicios celebrados con la hoy demandante se acredita o no la existencia de los tres elementos de la relación laboral y en caso de demostrarse que existió una relación de subordinación o dependencia, habría lugar a ordenar el reconocimiento de las prestaciones sociales a favor del contratista en virtud del artículo 53 de la Constitución Política⁴, situación en la cual quedaría desvirtuada la existencia de un contrato de prestación de servicios.

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

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

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

- De la prestación personal del servicio

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la demandante prestó sus servicios al Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, a través de la suscripción de varios contratos de prestación de servicios, los cuales se relacionan a continuación y en los que desarrolló actividades de ENFERMERA JEFE, desde el 15 de enero de 2004 hasta el 30 de junio de 2017, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios conforme a los contratos obrantes en el expediente (Fls. 49 a 265) y a la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la entidad demandada, obrante a folios 14 a 15 del expediente:

CONTRATO	TERMINO DE DURACIÓN	ADICION O PRÓRROGA
2-151-2014	Del 15 al 31 de enero de 2004	Hasta el 31 de marzo de 2004

⁴ Establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, en aras de proteger los derechos mínimos de las personas, contemplados en normas que regulan la materia y garantizar el derecho a la igualdad.

2-299-2004	Del 1º de abril de 2004 al 30 de junio de 2004	
2-479-2004	Del 1º de julio de 2004 al 30 de septiembre	Hasta 15 de octubre de 2004
2-633-2004	Del 16 de octubre de 2004 al 31 de diciembre de 2004	
2-145-2004	Del 3 de enero de 2005 al 31 de marzo de 2005	
2-272-2005	Del 1º de abril de 2005 al 30 de junio de 2005	
2-457-2005	Del 1º de julio de 2005 al 30 de septiembre de 2005	Hasta 30 de noviembre de 2005 Hasta 2 de enero de 2006
2-102-2006	Del 3 de enero de 2006 al 31 de marzo de 2006	
2-289-2006	Del 1º de abril de 2006 al 30 de junio de 2006	Hasta 31 de julio de 2006
2-317-2006	Del 1º de agosto de 2006 al 30 de octubre de 2006	Hasta 30 de noviembre de 2006 Hasta 1º de enero de 2007
2-142-2007	Del 2 de enero de 2007 al 30 de marzo de 2007	
2-141-2007	Del 1º de abril de 2007 al 30 de junio de 2007	
2-446-2007	Del 1º de julio de 2007 al 30 de septiembre de 2007	Hasta 31 de octubre de 2007 Hasta 30 de noviembre de 2007 Hasta 2 de enero de 2008
2-197-2008	Del 3 de enero de 2008 al 31 de marzo de 2008	
2-305-2008	Del 1º de abril de 2008 al 30 de junio de 2008	
2-455-2008	Del 1º de julio de 2008 al 30 de septiembre de 2008	Hasta 1º de enero de 2009
2-084-2009	Del 2 de enero de 2009 al 31 de marzo de 2009	
2-366-2009	Del 1º de abril de 2009 al 30 junio de 2009	Hasta 30 de septiembre de 2009 Hasta 30 de noviembre de 2009 Hasta 30 de diciembre de 2009 Hasta 3 de enero de 2010
2-184-2010	Del 4 de enero de 2010 al 31 de marzo de 2010	Hasta 30 de junio de 2010 Hasta 31 de julio de 2010 Hasta 30 de septiembre de 2010 Hasta 31 de octubre de 2010 Hasta 3 de enero de 2011
2-091-2011	Del 4 de enero de 2011 al 31 de marzo de 2011	
2-568-2011	Del 1º de abril de 2011 al 30 de junio de 2011	
2-861-2011	Del 1º al 31 de julio de 2011	Hasta 31 de agosto de 2011 Hasta 30 de septiembre de 2011 Hasta 31 de octubre de 2011 Hasta 30 de noviembre de 2011 Hasta 15 de diciembre de 2011 Hasta 3 de enero de 2012
2-153-2012	Del 4 de enero de 2012 al 30 de abril de 2012	
291-2012	Del 1º al 26 de mayo de 2012	Hasta 30 de junio de 2012 Hasta 25 de julio de 2012 Hasta 8 de agosto de 2012
1666-2012	Del 13 de agosto de 2012 al 12 de septiembre de 2012	Hasta 30 de septiembre de 2012 Hasta 10 de octubre de 2012 Hasta 31 de octubre de 2012
2209-2012	Del 1º al 26 de noviembre de 2012	Hasta 6 de diciembre de 2012 Hasta 10 de diciembre de 2012

2976-2012	Del 11 de diciembre de 2012 al 1º de enero de 2013	
O-147-2013	Del 2 al 31 de enero de 2013	
O-955-2013	Del 1º de febrero de 2013 al 30 de abril de 2013	
O-2663-2013	Del 1º de junio de 2013 al 17 de junio de 2013	Hasta 26 de junio de 2013 Hasta 1º de julio de 2013
O-3537-2013	Del 2 al 29 de julio de 2013	
O-4410-2013	Del 30 de julio de 2013 al 22 de agosto de 2013	Hasta 23 de agosto de 2013 Hasta 1º de septiembre de 2013 Hasta 2 de septiembre de 2013
O-5275-2013	Del 3 al 31 de septiembre de 2013	Hasta 31 de octubre de 2013 Hasta 5 de diciembre de 2013 Hasta 1º de enero de 2014
O-36-2014	Del 4 al 31 de enero de 2014	
O-870-2014	Del 1º de febrero de 2014 al 30 de abril de 2014	
O-2450-2014	Del 1º de mayo de 2014 al 30 de julio de 2014	
O-2702-2014	Del 1º al 31 de agosto de 2014	
O-3490-2014	Del 1º al 19 de septiembre de 2014	Hasta 30 de septiembre de 2014 Hasta 1º de octubre de 2014
O-4281-2014	Del 1º al 13 de octubre de 2014	Hasta 29 de octubre de 2014 Hasta 11 de noviembre de 2015 Hasta 15 de noviembre de 2015 Hasta 21 de noviembre de 2015 Hasta 30 de noviembre de 2014
O-5110-2014	Del 1º de diciembre de 2014 al 1º de enero de 2015	
O-32-2015	Del 2 al 31 de enero de 2015	
O-818-2015	Del 1º al 28 de febrero de 2015	
O-1607-2015	Del 1º de marzo de 2015 al 30 de septiembre de 2015	
O-2619-2015	Del 1º de octubre de 2015 al 30 de noviembre de 2015	Hasta 20 de diciembre de 2015 Hasta 3 de enero de 2016
O-031-2016	Del 4 de enero de 2016 al 30 de abril de 2016	Hasta 31 de mayo de 2016 Hasta 30 de junio de 2016 Hasta 31 de julio de 2016 Hasta 17 de agosto de 2016
001733	Del 18 al 31 de agosto de 2016	
3013-2016	Del 1º al 30 de septiembre de 2016	Hasta 30 de noviembre de 2016 Hasta 31 de diciembre de 2016 Hasta 7 de enero de 2017
1479-2017	Del 8 al 15 de enero de 2017	
3855-2017	Del 1º de febrero de 2017 al 30 de abril	Hasta 31 de mayo de 2017 Hasta 30 de junio de 2017

De lo anteriormente relacionado se tiene que la actora estuvo vinculada con el Hospital, mediante contratos de prestación de servicios, desde el 15 de enero de 2004 hasta el 30 de abril de 2013 cuando se presentó la interrupción.

Posteriormente, desde el 1º de junio de 2013 hasta el 30 de junio de 2017 desarrolló su labor de Enfermera Jefe en el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred

Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, durante más de 4 años de manera ininterrumpida mediante contratos de prestación de servicios.

- Remuneración

De conformidad a los contratos de prestación de servicios objeto de prueba del presente asunto, se evidencia que el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE efectuó el pago mensual a la señora Sylvia Salamanca Arango, por los servicios prestados como Enfermera Jefe.

- Subordinación o dependencia del trabajador

La Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000, definió la subordinación *"como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa (...).*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- *"EL CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a Prestar servicios de apoyo profesional de Enfermería al Hospital Meissen II Nivel – ESE en la programación, ejecución, control y evaluación de las acciones en el servicio correspondiente."*

De otro lado, se estableció como actividades del contratista:

- *"1. Coordinar el recibo y entrega de pacientes y actividades con el grupo de auxiliares según normas de la institución. 2. Proporcionar información clara y oportuna al paciente y sus familiares según el nivel de competencia establecido por el departamento de enfermería. 3. Generar el plan de atención de enfermería con base en las órdenes médicas. 4. Ubicar pacientes de acuerdo a situación clínica para la ubicación del servicio y reubicar de acuerdo a la situación clínica para la optimización en el uso de camas del servicio. 5. Identificar pacientes de aislamiento y tomar medidas preventivas. 6. Preparar y administrar soluciones especiales. 7. Administrar medicamentos según órdenes médicas y vigilar efectos secundarios."*

8.Determinar y reportar las necesidades en cuanto a recurso material (medicamentos, equipos, elementos), con el fin de mantener un buen funcionamiento del servicio y el carro de paro 9.Coordinar la toma de exámenes especiales y según el caso tomarlos. 10.Realizar procedimientos especiales aplicando técnica aséptica y normas de bioseguridad. 11.Realizar la solicitud de dietas y verificar su administración a los pacientes y tolerancia (nutrición enteral). 12.Revisar historias clínicas e instrucciones médicas de los pacientes y actualización del Kardex. 13.Supervisar el control de líquidos, hoja neurología, signos vitales, notas de enfermería etc. 14.Coordinar el traslado de pacientes, traslado de muestras y reportes de exámenes de laboratorio y Rx, el trámite de interconsultas y pedidos. 15.Coordinar con el personal el diligenciamiento completo y radicación de remisiones. 16.Acompañar al paciente crítico durante el traslado a otro servicio y su respectiva entrega. 17.Mantener un ambiente de cordialidad, respeto dentro del servicio y comunicación eficiente y oportuna con el grupo. 18.Colaborar con la enfermera del comité de infecciones suministrando la información de pacientes infectados, eventos de notificación obligatoria y la implementación de medidas 19.Presentar oportunamente a la coordinadora del departamento las situaciones de emergencia y las novedades que se presentan en el servicio. 20.Reportar oportunamente a la coordinadora sobre el daño de elementos y equipos o la pérdida de los mismos. 21.Supervisar y controlar el estado de funcionamiento de equipos, instrumentos y elementos del servicio. 22. Elaborar el plan de aseo general del servicio tanto de auxiliares como de servicios generales. 23.Explicar al paciente y/o familia respecto a la administración de medicamentos en el momento que se le da la salida al paciente. 24.Brindar recomendaciones especiales acerca de los cuidados específicos que favorecen la pronta recuperación del paciente (dieta, ejercicios). 25.Determinar y reportar las necesidades en cuanto a recurso material. 26.Informar al paciente y a la familia sobre las normas del servicio (ingreso de pacientes, horario de visitas, elementos requeridos, exámenes especiales y alta del paciente). 27.Brindar educación al paciente, familia y a la comunidad sobre prevención de la enfermedad, promoción de la salud, etc. 28.Utilizar racionalmente el material de consumo que sea necesario para cumplir con el objeto del contrato. 29.Participar en la actualización del manual de normas, procedimientos y protocolos del área acorde con su objeto contractual 30.Realizar balanceo mensual del trabajo desarrollado y hacerla conocer por el jefe de departamento de enfermería. 31.Participar como instructor en la capacitación, adiestramiento e inducción al personal relacionado con el área. 32.Asistir y participar activamente en las reuniones programadas por la jefatura, el hospital y el subdirector del servicio. 33.Autorizar cambios de turno del personal del servicio. 34. Diligenciar adecuadamente toda la papelería que sea de su competencia, tanto en lo asistencial como en lo administrativo. 35.Supervisar actividades desempeñadas por el camillero y el personal de servicios generales. 36.Tener Claros los protocolos establecidos por el departamento de enfermería 37.Realizar las demás actividades acordes con el objeto del contrato"

Las obligaciones del contratista fueron:

- "EL CONTRATISTA se obliga a: 1) Ejecutar el objeto contractual, acatando las especificaciones técnicas señaladas, con oportunidad, eficiencia y eficacia, de manera autónoma e independiente Y guardando la confidencialidad de la información que se ponga a su disposición, de acuerdo con las normas propias de su profesión o actividad y de acuerdo con los protocolos de servicio de EL HOSPITAL. 2) Responder y velar por el

buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por EL HOSPITAL. 3) Acreditar la afiliación y pago a los sistemas obligatorios de salud, pensión. 4) Autorizar a EL HOSPITAL a realizar mensualmente la deducción del valor que establezca la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) como aporte al Sistema General de Riesgos PROFESIONALES. 5) Velar por el cumplimiento de las normas y reglamentos de EL HOSPITAL. 6) Tramitar ante las diferentes dependencias el certificado de cumplimiento y paz y salvo previo al último pago o cuando EL CONTRATISTA se retire de la entidad. 7) Portar el carné de identificación del contratista. 8) Cumplir con la política de la empresa en cuanto a productividad, calidad y servicios. 9) Asistir a las reuniones y/o convocatorias efectuadas por EL HOSPITAL. 10) La responsabilidad del manejo de equipos o claves asignadas por EL HOSPITAL a EL CONTRATISTA con el fin de realizar las función propias del objeto contractual, será exclusiva de EL CONTRATISTA, quien deberá responder por cualquier tipo de manipulación de los mismos por parte de terceros, ya que estas son personales e intransferibles. 11) En caso de presentarse pérdida del o de los elementos asignados, la novedad deberá reportarse de forma escrita al interventor o supervisor del contrato dentro de los dos días (2) hábiles siguientes a la ocurrencia de los hechos. 12) Dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución No. 015 de 2013, por medio de la cual se adopta un Compromiso Ético por parte del hospital. 13.) Responder por la glosa que se genere con ocasión de la ejecución del objeto contractual, una vez concluida la investigación en donde se determine el grado de responsabilidad del contratista."

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

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

- "EL HOSPITAL supervisará el control de la ejecución del objeto contractual a través del SUBDIRECTOR CIENTIFICO del hospital previa certificación de cumplimiento expedida por el líder del proceso al cual se encuentre adscrito EL CONTRATISTA."

En virtud de la cláusula citada, se evidencia que la supervisión o interventoría por parte del Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios Salud Sur ESE a través de un Supervisor, en la ejecución de cada uno de los contratos por parte de la señora Sylvia Salamanca Arango en los términos citados, denota sujeción o dependencia laboral.

Ahora, si bien la entidad consagró como cláusulas que "Este contrato se ejecutará con total autonomía e independencia sin que entre las partes medie relación laboral

alguna. En consecuencia no dará lugar al pago de prestaciones sociales ni de costos distintos al valor acordado en el presente contrato", lo cierto es que para esta instancia judicial se encuentra demostrado que la actora debía reportar el cumplimiento de las actividades ordenadas por la entidad, circunstancia que desvirtúa la autonomía e independencia que se predica de un contrato de prestación de servicios.

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

Además de lo anterior, a folios 414 a 423 del expediente, se encuentra la Resolución No. 012 de 20 de enero de 2012 *"Por la cual se MODIFICA el Manual de Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO"*, en la que se relacionan las funciones de un enfermero profesional, código 243, grado 19, las cuales pasan a citarse:

- "1. Coordinar las actividades de enfermería con las demás dependencias buscando la integración con el resto del equipo de salud, optimizando la atención del paciente.*
- 2. Realizar el proceso de Atención de Enfermería, como método científico de la profesión.*
- 3. Registrar en la historia clínica toda la información disponible de los problemas identificados en individuos, familia y comunidad.*
- 4. Valorar la información recogida para realizar acciones de Enfermería, registrándolos en la Historia Clínica.*
- 5. Realizar y controlar la recepción del paciente revisando la historia clínica.*
- 6. Identificar, comunicar y ejecutar la preparación del paciente en investigaciones clínicas especiales.*
- 7. Planificar, controlar y ejecutar la preparación del paciente en investigaciones clínicas especiales.*
- 8. Prevenir y detectar úlceras por presión.*
- 9. Llevar a cabo las actividades normalizadas para el control de infecciones tales como educación al paciente y familia, aplicación de medidas preventivas según el caso.*

10. *Planear y realizar periódicamente rondas y revistas de enfermería valorando la situación del paciente y estableciendo el plan de cuidado, teniendo en cuenta: Historia clínica, paraclínicos y examen físico.*
11. *dar cuidado directo a los pacientes según su criterio profesional e informar oportunamente sobre los cambios ocurridos en el paciente con respecto a su situación clínica.*
12. *Supervisar los registros realizados por el personal auxiliar de enfermería correspondiente a: Control, signos vitales, control de líquidos, notas de enfermería, administración de medicamentos y otros.*
13. *Realizar el recibo y entrega de turno paciente con el grupo de auxiliares de enfermería a su cargo indicando los cuidados de enfermería realizando la evolución del paciente y los procedimientos y actividades pendientes.*
14. *Colaborar como instrumentadora cuando las necesidades del Hospital lo requieran.*
15. *Informar al Departamento de Enfermería o al superior inmediato sobre los problemas que afecten el buen funcionamiento de los servicios.*
16. *Mantener en los diferentes servicios de insumos básicos para la atención de usuarios en los turnos.*
17. *Participar en la revista médica y en otro tipo de estudios clínicos y responder por los tratamientos de los pacientes.*
18. *Realizar la asignación de trabajo del personal a su cargo en los diferentes servicios teniendo en cuenta sus capacidades y nivel de entrenamiento.*
19. *Dar cumplimiento a las políticas, procesos y procedimientos establecidos por el Sistema de Gestión de Calidad del Hospital.*
20. *Dar cumplimiento a las normas vigentes sobre la Gestión Ambiental.*
21. *Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del cargo y el área del desempeño."*

En ese sentido, se logró demostrar que las funciones que anteceden fueron realizadas por la hoy demandante, motivo que permite a este Despacho afirmar que la señora Sylvia Salamanca Arango efectuó las labores en idénticas condiciones a los enfermeros profesionales de la planta de personal del Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE.

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

Contrario sensu, lo que se predica es la existencia de una verdadera relación laboral que desvirtúa los contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE y la señora Sylvia Salamanca Arango, circunstancia que conlleva a reconocer a título de restablecimiento del derecho las prestaciones sociales a su favor.

Ahora bien, este Despacho practicó el 8 de agosto de 2018, los testimonios a las señoras Jessika Paola Triana Sagastuy, Jenny Patricia Urbina García, Jessica Andrea Carrizosa Acosta y Fredy Alexander Martínez Jlménez que obran en medio magnético a folio 438 del expediente, de los cuales se resalta lo siguiente:

Declaración rendida por la señora Jessika Paola Triana Sagastuy.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: *"¿Le puede informar a este Despacho cuando usted llega en el año 2009, la señora Sylvia Salamanca ya se encontraba trabajando o ella llegó después de esta fecha?".* RESPUESTA: *"No. Ella ya se encontraba trabajando porque ella era la que nos daba la inducción a las personas que llegábamos nuevas, entonces yo tuve contacto con ella desde que llegué porque ella me dio la inducción".*

PREGUNTADO: *"¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta que cargo desempeñaba la señora Sylvia Salamanca en el Hospital de Meissen Nivel II?".* RESPUESTA: *"(...) Yo soy enfermera y Sylvia es igual enfermeras profesionales que en los servicios nos llaman enfermeras jefes, ese era el cargo que desempeñábamos".*

PREGUNTADO: *"¿Le puede informar a este Despacho si usted trabajó en las mismas áreas del Hospital de Meissen II Nivel donde laboró la señora Sylvia Salamanca?".* RESPUESTA: *"Sí, si señor siempre estuvimos en las mismas áreas que fue cirugía y salas de partos, siempre compartimos los mismos servicios".*

PREGUNTADO: *"¿Le puede informar a este Despacho, si sabe o le consta que funciones cumplía la señora Sylvia Salamanca en el Hospital de Meissen Nivel II?".* RESPUESTA: *"(...) teníamos bastantes, administrar medicamentos, cumplir órdenes médicas, velar por las pacientes, dependiendo del servicio donde estuviéramos (...)".*

- Pregunta del Despacho

PREGUNTADO: "¿(...) Ustedes tenían algún jefe que les diera directrices para desempeñar sus funciones diarias?". RESPUESTA: "Si claro, teníamos muchos jefes, pues primero el médico que esta de turno es nuestro jefe porque él es el que da la orden, teníamos una coordinadora de enfermería que ella nos daba los cuadros de turno y era como nuestra líder y nuestra jefe, teníamos en una época un Subgerente de servicios quirúrgicos (...) que nos reunía y nos daba órdenes (...)".

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: "¿Según respuesta anterior (...) le puede informar a este Despacho si lo recuerda los nombres de esas personas que usted manifiesta de las cuales recibían ordenes?". RESPUESTA: "(...) si era ya de la parte asistencial los médicos (...) me acuerdo por ejemplo de la doctora Andrade, el doctor Trillos, el doctor Amarís, que eran médicos que eran líderes e impartían ordenes; nuestra jefe de enfermería nuestra líder se llama Luz Ángela Rey (...) y el Subdirector de quirúrgicos en esa época sé que es el doctor Meneses (...)".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho, quien suministraba los elementos de trabajo para desarrollar la labor de Enfermera Jefe de la señora Sylvia Salamanca Arango?". RESPUESTA: "(...) la institución nos daba todo (...) los monitores, lo que necesitáramos de insumos de médicos eso lo ponía la institución, a nosotros nos tocaba poner (...) la papelería o los esferos (...) pero los insumos para utilizar con los pacientes los colocaba la institución".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si existía personal de planta que realizara la misma función de la señora Sylvia Salamanca Arango, es decir, personal de planta del Hospital de Meissen II Nivel?". RESPUESTA: "Si señor, claro, existe, lo que pasa es que allá la planta es muy pequeña, la mayoría somos contratistas, éramos contratistas, pero hay enfermeras, hay auxiliares y pues todos hacemos las mismas actividades, si no que enfermeras de plantas si eran muy pocas pero si las hay (...)".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si los jefes que usted mencionó (...) en donde manifiestan que de ellos recibían ordenes la señora Sylvia Salamanca, estas mismas personas también daban órdenes al personal de

planta?”. RESPUESTA: “Si señor, nuestra coordinadora de enfermería era de contrato pero ella tenía a cargo personal de planta y personal de contrato (...)”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho según respuesta anterior donde usted manifiesta que cumplían turnos, que turnos habían establecidos para desarrollar la labor en especial de la señora Sylvia Salamanca Arango?”.

RESPUESTA: “Pues los turnos dependiendo, de siete a una es un turno, de una a siete y el otro es de siete a siete, y las personas que trabajan de siete a una o de una a siete hacen turnos completos los fines de semana de siete a siete, y las personas que trabajan en la noche, de siete de la noche a siete de la mañana trabajaban noche día de por medio”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho que turno cumplía la señora Sylvia Salamanca?”. RESPUESTA: “Todos, (...) dependía del cuadro de turnos (...)”.

Declaración rendida por la señora Jenny Patricia Urbina García.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho que funciones cumplía la señora Sylvia Salamanca Arango durante los turnos que usted compartió con ella?”.

RESPUESTA: “Pues ella era la Jefe de enfermería, dependiendo del servicio donde se encontrara, pues ejecutar las ordenes médicas (...)”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho si la señora Sylvia Salamanca Arango tenía jefes directos?”. RESPUESTA: “Si señor, una jefe coordinadora de salas de cirugía, el ginecólogo, el cirujano de turno, (...)”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho quien le suministraba los elementos de trabajo para realizar la labor como Jefe Enfermera a la señora Sylvia Salamanca Arango en el Hospital de Meissen?”. RESPUESTA: “El hospital”.

PREGUNTADO: “¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si existía personal de planta del Hospital de Meissen II Nivel, que ejerciera las mismas

funciones de la señora Sylvia Salamanca como Jefe Enfermera?". RESPUESTA: "Si señor, habían varias jefes de planta".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si en el Hospital de Meissen habían establecidos turnos, horarios para que la señora Sylvia Salamanca desarrollara su labor como (...) Jefe de enfermería?". RESPUESTA: "Si señor, (...) salía una rotación mensual tanto para Jefes como para auxiliares de enfermería en donde estaban asignados los turnos y el horario (...)".

Declaración rendida por la señora Jessica Andrea Carrizosa Acosta.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta que cargo desempeñó la señora Sylvia Salamanca en el Hospital de Meissen?". RESPUESTA: "(...) ejerció como enfermera profesional (...)".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si la señora Sylvia Salamanca Arango tenía jefes directos para realizar su labor como jefe enfermera?". RESPUESTA: "(...) siempre tenemos jefes directos dentro del turno, estos jefes son principalmente los médicos (...)".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho quien le suministraba los elementos de trabajo a la señora Sylvia Salamanca para realizar su labor como Jefe Enfermera". RESPUESTA: "Si señor, en el hospital nos suministran directamente todo lo que necesitemos para ejercer nuestra labor (...)".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si existía personal de planta, que ejerciera la misma función como Jefe Enfermera de la señora Sylvia Salamanca?". RESPUESTA: "Si claro, en el Hospital de Meissen hay enfermeros de planta (...)".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho que horarios debía cumplir la señora Sylvia Salamanca en el desarrollo de su labor como de enfermera jefe?". RESPUESTA: "Si señor, en el Hospital nosotros tenemos una programación de turnos, esa programación sale siempre los primeros días de cada mes (...)".

Declaración rendida por el señor Fredy Alexander Martínez Jiménez.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta que cargo desempeñaba la señora Sylvia Salamanca en el Hospital de Meissen?".

RESPUESTA: "Ella tenía el cargo de Jefe de enfermería".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si la señora Sylvia Salamanca Arango tenía jefes directos?". RESPUESTA: "Si señor, los jefes directos de ella en ese momento eran los médicos generales o en su defecto los especialistas (...)".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho quien suministraba los elementos de trabajo para que la señora Sylvia Salamanca desarrollara su labor como Jefe Enfermera". RESPUESTA: "Todo lo daba la logística, todo lo que se necesitaba el Hospital de Meissen".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si sabe o le consta si existía personal de planta, que desarrollara la misma labor de la señora Sylvia Salamanca como enfermera jefe en el Hospital de Meissen?". RESPUESTA: "Si señor, conocí varias jefes de planta dentro del Hospital de Meissen (...)".

PREGUNTADO: "¿Le puede informar a este Despacho si el Hospital de Meissen, si establecían turnos o horarios de trabajo para el desarrollo de la labor que realizaba la señora Sylvia Salamanca como enfermera jefe?". RESPUESTA: "Si señor, ella tenía que cumplir horario, el Hospital de Meissen manejaba cuatro turnos, yo trabajé muchos con ella en el de la noche que era, nos tocaba par o impar independiente de lo que tocara, (...)".

Por su parte, del interrogatorio rendido por la señora Sylvia Salamanca Arango se destaca que: (i) trabajó al servicio del Hospital Meissen II Nivel ESE desde enero de 2004 hasta junio de 2017; (ii) prestó sus servicios con el Hospital bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios; (iii) cumplía un horario de trabajo bajo la modalidad de turnos de siete de la noche a siete de la mañana, noche de por medio,

que establecía el Hospital, (iv) se encuentra pensionada a partir del año 2010 con inclusión en nómina y (v) Una vez empezó a devengar la pensión, dejó de cotizar a pensión y solo cotizaba para salud y riesgos laborales.

De las declaraciones que preceden se extrae que la actora cumplía con un horario de trabajo bajo la modalidad de turnos, que cumplía órdenes de un superior – supervisor o jefe- y que las funciones asignadas a la contratista Sylvia Salamanca Arango son las mismas designadas a los enfermeros profesionales del área de la salud de planta.

En tal sentido, para este recinto judicial se refleja igualmente la subordinación y dependencia del Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE sobre las funciones de la actora, circunstancia que a todas luces desvirtúa la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte de la señora Sylvia Salamanca Arango, teniendo en cuenta que está comprobada la verdadera existencia de una relación laboral entre la actora y la entidad demandada, puesto que concurrieron los 3 requisitos, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración por los servicios prestados y principalmente el cumplimiento de sus labores bajo la subordinación o dependencia de la entidad.

En un caso de similares características el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección “A”, en sentencia del 14 de septiembre de 2017, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, demandante: Martín Alberto Gómez Rueda, demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, representado por La Fiduciaria Popular S. A. (FIDUPOPULAR S. A), expediente No. 68001-23-31-000-2010-00056-01(2543-14), adujo que se configuró la existencia de una relación laboral entre las partes al ocurrir:

“(…)

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

(...)

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se reitera entonces que entre la señora Sylvia Salamanca Arango y el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur 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"⁵; no obstante, en los asuntos que refieren a la declaración de la existencia del contrato realidad, el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dictada dentro del proceso No. 230012333000201300260011, unificó lo que atañe al asunto al discurrir:

⁵ Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso No. 680012331000200900636 01

"(...)

Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(...)"

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

En ese sentido, el Despacho procede a verificar si en el presente asunto se configura el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, se reitera que, se encuentra demostrado que la actora prestó sus servicios de manera continua e ininterrumpida desde el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2004 hasta el 30 de abril de 2013 y que retomó sus labores como enfermera profesional de manera constante desde el 1º de junio de 2013 hasta el

30 de junio de 2017, fecha en que finalizó el último contrato de prestación de servicios que corresponde al No. 3855 de 2017, de conformidad con los contratos aportados al expediente y en la certificación obrante a folio 14 del plenario.

Entonces, se evidencia que no hubo continuidad entre la finalización y suscripción de uno y otro contrato, motivo por el cual se debe estudiar la prescripción de manera independiente de la siguiente manera.

- De los contratos suscritos desde el 15 de enero de 2004 hasta el 30 de abril de 2013.

Al respecto, se advierte que la parte actora tenía hasta el 30 de abril de 2016, para reclamar la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, no obstante, se evidencia que radicó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada sólo hasta el 15 de agosto de 2017, tal como se evidencia a folios 4 a 8 del expediente, esto es, transcurrido más de un año, motivo que impondrá declarar la prosperidad de la excepción de prescripción extintiva del derecho respecto de las prestaciones sociales causadas en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2004 hasta el 30 de abril de 2013.

No obstante lo anterior y acogiendo el criterio esbozado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, se ordenará que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE tome el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual 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 trabajador⁶, por el periodo trabajado entre el 15 de enero de 2004 hasta el 31 de mayo de 2010 (descontando los días de interrupción). Lo anterior teniendo en cuenta que la actora se pensionó a partir del 1º de junio de 2010, según consta en Resolución No. 021534 de 2011 proferida por el Instituto de Seguro Social (fls. 35 a 39).

⁶ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

- De los contratos suscritos desde el 1º de junio de 2013 hasta el 30 de junio de 2017.

Se avizora que el último contrato celebrado entre las partes finalizó el 30 de junio de 2017 y que la actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 15 de agosto de 2017, mediante el cual solicitó la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por lo cual queda plenamente demostrado que no se configura el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por el actor 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.

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 Enfermeros Profesionales, 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 (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 cuanto a los aportes a la Seguridad Social Integral en Pensiones, se reitera que la demandante fue pensionada por el Instituto de Seguro Social mediante Resolución No. 021534 del 24 de junio de 2011 (fls.35 a 39), a partir del 1º de junio

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

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 (...) "*.

de 2010, luego a partir de esa data no se encontraba en la obligación de seguir realizando aportes para pensión, además, al revisar el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 1º noviembre de 2017, se observa que la demandante cotizó hasta el mes de mayo de 2010 (fls.32 a 34).

Respecto a la devolución de aportes en salud al sistema de seguridad social, acogiendo el criterio del Consejo de Estado⁹, corresponderá únicamente a cada período trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados entre el 1º de junio de 2013 y el 30 de junio de 2017, por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás.

Así las cosas, en cuanto a los aportes en salud, establecidos en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el ente demandado deberá pagar a la demandante la cuota parte correspondiente a los períodos, no prescritos, salvo las interrupciones, siempre y cuando esta demuestre que asumió esa carga.

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

Respecto de la indemnización por despido injusto solicitada en las pretensiones de la demanda, esta instancia se permite reiterar que en el presente asunto se demostró la existencia de una relación laboral, la cual se encontraba oculta con la suscripción de contratos de prestación de servicios, circunstancia por la cual, no hay lugar a predicar que la entidad demandada despidió sin justa causa a la actora.

En virtud de lo anterior, no estamos ante un despido, teniendo en cuenta que la señora Salamanca prestó sus servicios al Hospital Meissen II Nivel ESE por el periodo de tiempo estipulado en cada uno de los contratos suscritos, razón por la

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 26 de abril de 2018, C.P.: Dr. Carmelo Perdomo Cueter, dentro del proceso No. 66001-23-33-000-2013-00166-01(3917-14).

cual, su vínculo finalizó una vez culminó el periodo de duración del último contrato de prestación de servicios No. 3855 de 2017, esto es, el 30 de junio de 2017.

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; por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales surgen de la declaración que se haga en el presente proveído, al encontrarse demostrada la verdadera existencia de una relación laboral entre las partes, situación que permite relevar a la entidad demandada del pago de dicha mora o indemnización alguna de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

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

En consecuencia:

- (i) Se decretará la nulidad del Oficio OJU-E-1643-2017 del 28 de agosto de 2017, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales.
- (ii) Se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE tomar (durante el tiempo comprendido entre el 15 de enero de 2004 y el 31 de mayo de 2010, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje

que le incumbía como trabajadora.

- (iii) Respecto de las cotizaciones efectuadas por la actora a la aseguradora de riesgos laborales, se ordenará devolver las sumas canceladas por este concepto, en consideración a recaen en un aporte que no es compartido por las partes, pues su pago atañe únicamente al empleador¹⁰, previo a que la actora acredite las cotizaciones sufragadas a la administradora de riesgos laborales en el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2013 y el 30 de junio de 2017.
- (iv) Se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, primas de antigüedad y demás prestaciones sociales, por haber operado la prescripción extintiva de las mismas en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2004 y el 30 de abril de 2013.
- (v) Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como enfermera profesional bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, desde el 15 de enero de 2004 hasta el 30 de junio de 2017, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.
- (vi) Se reconocerá y pagará a la señora Sylvia Salamanca Arango, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.661.435 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que devenga un enfermero profesional del Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur – Código 243, Grado 19, por los periodos contratados comprendidos desde el 1º de junio de 2013 hasta el 30 de junio de 2017, 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

¹⁰ Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994.

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. OJU-E-1643-2017 del 28 de agosto de 2017, expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, mediante el cual se negó a la actora la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE tomar (durante el tiempo comprendido entre el 15 de enero de 2004 y el 31 de mayo de 2010, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe

diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, tal como se indicó en la parte motiva.

TERCERO.- Devolver las sumas que canceló la actora a la aseguradora de riesgos laborales, en consideración a recaen en un aporte que no es compartido por las partes, pues su pago atañe únicamente al empleador, previo a que la actora acredite las cotizaciones sufragadas a la administradora de riesgos laborales en el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2013 y el 30 de junio de 2017.

CUARTO.- Se niegan las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, primas de antigüedad y demás prestaciones sociales, por haber operado la prescripción extintiva de las mismas en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2004 y el 30 de abril de 2013.

QUINTO.- Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como enfermera profesional bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE desde el 15 de enero de 2004 hasta el 31 de mayo de 2010, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

SEXTO.- Se reconocerá y pagará a la señora Sylvia Salamanca Arango, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.661.435 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que devenga un enfermero profesional del Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur –Código 243, Grado 19, por los periodos contratados comprendidos desde el 1º de junio de 2013 hasta el 30 de junio de 2017, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados.

En cuanto a la devolución de aportes en salud al sistema de seguridad social, establecidos en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el ente demandado deberá pagar a la demandante la cuota parte correspondiente a los períodos, no prescritos, salvo las interrupciones, siempre y cuando esta demuestre que asumió esa carga.

SÉPTIMO.- Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión, de la devolución de cotizaciones efectuadas a salud, 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.

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

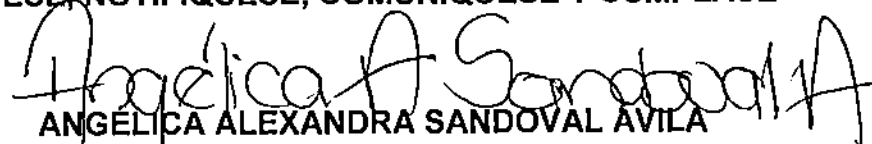
NOVENO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO.- Sin lugar a condena en costas.

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

ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

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

Hoy 21 de noviembre de 2018 se notifica la providencia anterior
por anotación en el ESTADO No. 36.



DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

ERO



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

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2018-00055-00
Demandante: LUZ MIREYA SANTOS PANQUEVA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Luz Mireya Santos Panqueva en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora LUZ MIREYA SANTOS PANQUEVA, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 3558 del 27 de mayo de 2014, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación que disfruta, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía, toda vez que en aquélla no se incluyó la totalidad de los factores salariales a que tenía derecho, acto administrativo proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se declarara que tiene derecho a que tal prestación se le pague incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, junto con las respectivas diferencias, reajustes, intereses e indexación que corresponda conforme a lo previsto en el art. 192 del CPACA.

Como sustento fáctico de sus pretensiones informó que laboró como docente oficial y cumplió los requisitos para acceder a su pensión de jubilación, sin embargo, la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó solo la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y demás factores salariales por la actividad docente en el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, señaló los artículos: 15 de la Ley 91 de 1989, 1º de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985, Decreto 1045 de 1978, Decretos 3135 y 1848 de 1968, la ley 33 de 1985, además de jurisprudencia del Consejo de Estado.

Señaló que mediante la ley 812 de 2003 (art. 81) se estableció el régimen pensional de los docentes, artículo que fue prorrogado con la entrada en vigencia de la Ley 1151 de 2007, por lo anterior y de conformidad con estas normas, se concluye que el régimen prestacional de los docentes afiliados a FONPREMAG, se establece tomando como referencia la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal, esto es, si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, pero si su vinculación laboral fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812, estos docentes estarán bajo el régimen pensional regulado por la Ley 100 de 1993.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio guardó silencio dentro del término de traslado de la demanda, vale precisar que allegó un memorial poder y sustitución junto con el acta del comité de conciliación donde determina que no es factible conciliar.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 19 de octubre de 2018 (fl.177) se corrió traslado a las partes procesales para que alegaran de conclusión. La parte actora a través de memorial radicado el 23 de octubre de 2018 (fls.179 a 185) presentó sus alegatos de conclusión en los cuales solicitó se accedan a sus pretensiones para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda. La entidad accionada guardó silencio.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 4 de septiembre de 2018 (Fls. 110 a 114), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de jubilación sea reajustada por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año anterior a la obtención de su status pensional de conformidad con lo señalado en la Ley 33 de 1985?

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES: Obran como tal las siguientes documentales dentro del plenario:

2.1. Copia simple de la Resolución No. 3558 de 27 de mayo de 2014, mediante la cual fue reconocida la pensión de jubilación a la accionante (fls. 5 a 7).

2.2. Copia simple del formato único para la expedición de certificados de salarios (fl. 122).

2.3. Copia simple del formato único para la expedición de certificados de historia laboral (fls. 123 a 124).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen que regula la pensión de los docentes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mentada prestación.

- DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 *"por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

Posteriormente, se expidió la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados a treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

*Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...)".*¹

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

"Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)." (Negrilla fuera de texto).

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la Ley General de Educación", que en su artículo 115 consagró:

"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 1o. (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

(...)"

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, como quiera que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados 15 años de prestación de servicios, le resultan aplicables las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, amén que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

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

La anterior postura fue igualmente reiterada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018, que al respecto señaló:

"95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición."³

En torno a la aplicación de la mencionada providencia, atendiendo a lo esgrimido por el extremo actor en sus alegaciones finales, advierte el Despacho que, contrario a lo reseñado por dicho extremo procesal, las sentencias que tienen el carácter de Unificación jurisprudencial, si son de aplicación inmediata y además de obligatorio cumplimiento y observancia, y por tanto son vinculantes para los operadores judiciales y administrativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 230 Constitucional⁴, en concordancia con el artículo 10 del CPACA que al tenor establece:

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." (Subrayas fuera de texto)

Acorde con lo anterior, se reitera lo referido por el Consejo de Estado en el párrafo 115 de la sentencia de unificación antes mencionada, en cuanto a que por regla general ese tipo de sentencias tiene efectos retrospectivos y por tanto son aplicables a todos los casos que se encuentren pendientes de decisión y respecto de los cuales no exista cosa juzgada.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se insiste en que a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, conforme a las previsiones del

² Ley 100 de 1993. "Artículo 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]"

³ Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Expediente:52001-23-33-000-2012-00143-01, Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁴ ARTÍCULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989, se les debe continuar aplicando la Ley 33 de 1985, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y por ende, mantienen la expectativa legítima de ser pensionados teniendo en cuenta la edad, tiempo y para su monto pensional el 75% de los factores del último año de servicio.

-DE LOS FACTORES SALARIALES

Así las cosas, se prosigue con el estudio de cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, consagrados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

"Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrillas fuera de texto)."

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

*"Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...)."*

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila emitida el 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de 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, anotando lo que sigue:

"(...) 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."⁵ (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 (...)"⁶ (Negrillas fuera de texto).*

⁵ Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado: 250002325000200607509 01.

⁶ *Ibidem*.

Tal posición fue reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón⁷, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

No obstante lo anterior, en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se abordó nuevamente el tema en cuestión, por lo que tras efectuar un análisis de las normas en cita frente a postulados de carácter constitucional como es la solidaridad en el sistema de seguridad social, referido en el artículo 48 de la Carta, consideró que la interpretación materializada en la sentencia del 4 de agosto de 2010 no se acompasa a tales principios y por tanto efectuó una rectificación del criterio interpretativo aplicable, para lo cual señaló:

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

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

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

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

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo

⁷ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema." (Subrayas fuera de texto)

Bajo la anterior perspectiva que además ostenta el carácter de vinculante, se concluye que para liquidar la mesada pensional de aquellas pensiones que sean reconocidas bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, como es la de los docentes por disposición de la Ley 91 de 1989 solamente se incluirán los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones.

No obstante lo anterior, para la aplicación de la norma en cita, igualmente resulta oportuno tener en cuenta la segunda subregla de interpretación establecida en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, toda vez que la misma se basa, de una parte, en el principio de solidaridad previsto en el artículo 1° de la Constitución Política como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y de otra, en el artículo 48 *ibídem* que define la Seguridad Social como *"un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley."*

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

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

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

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso

Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

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

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

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

Respecto a la sentencia de tutela del 27 de septiembre de 2018 proferida por el Consejo de Estado, es preciso señalar que los efectos de esta es inter partes, y la citada Corporación no ha indicado de manera expresa que no se apliquen las reglas previstas en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, de manera que no se puede extender aquel amparo de tutela a los demás casos, toda vez que, se trató de una indebida interpretación que realizó el Tribunal Administrativo de Risaralda, al aplicar las reglas fijadas por la Corte Constitucional frente al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desconociendo el precedente sentado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora LUIZ MIREYA SANTOS PANQUEVA, actuando a través de apoderada judicial, deprecia la nulidad parcial de la Resolución No. 3558 del 27 de mayo de 2014, mediante la cual la entidad accionada, le reconoció la pensión de jubilación que disfruta, pero solo en lo atinente a la determinación de la cuantía, por cuanto en la misma no se incluyó la totalidad de los factores salariales devengados y efectivamente acreditados, en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional, luego es menester resolver si la actora tiene derecho a dicho reajuste.

De la reliquidación pensional

Sobre el particular, se encuentra probado que la accionante nació el 12 de septiembre de 1957 (fl. 5) y se vinculó como docente nacional a partir del 24 de julio de 1987

(fl.123), además acreditó la prestación de servicios por más de 20 años y por tanto que adquirió su status pensional el 12 de septiembre de 2012 (fl. 5), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 3558 del 27 de mayo de 2014, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO en representación de FONPREMAG reconoció a la señora LUZ MIREYA SANTOS PANQUEVA pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de los salarios devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional (fls. 5 a 7).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la primera regla adoptada por el Consejo de Estado en la última sentencia de unificación proferida por importancia jurídica, se advierte que en tratándose de un docente vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003, le es aplicable el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y por ende continúa siendo aplicable la Ley 33 de 1985 - sin que para ello sea necesario acudir al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993-, en lo atinente al tiempo de servicios (20 años) y la edad (55 años) para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación teniendo en cuenta los factores del último año de servicio.

En ese orden, conforme a la segunda regla que se deriva del aludido fallo proferido el 28 de agosto de 2018 y que conforme a lo anotado en precedencia, es aplicable al presente caso, se colige que la liquidación pensional se debe realizar con la inclusión de los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de seguridad social, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Frente a la señora LUZ MIREYA SANTOS PANQUEVA conforme a la Resolución 3558 del 27 de mayo de 2014, se tiene que la beneficiaria adquirió su status pensional el 12 de septiembre de 2012, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la prestación eran los devengados en el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2011 y el 12 de septiembre de 2012.

Así las cosas, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, relacionados en el documento denominado "FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS" visible a folio 122 del plenario, según el cual, la accionante percibió: sueldo y primas: especial, de vacaciones y de navidad, sin embargo

solamente realizó cotización para seguridad social sobre el **suelo básico y la prima de vacaciones**, luego eran estos los que podían incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

Verificada la Resolución No. 3558 del 27 de mayo de 2014 (fls. 5 a 7), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, tuvo en cuenta los referidos factores, esto es la asignación o sueldo básico y la prima de vacaciones, lo que nos lleva a concluir que no desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, consagrado en la Ley 33 de 1985 conforme a la interpretación unificadora del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Bajo las anteriores consideraciones, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, razón por la cual tendrán que denegarse las pretensiones incoadas en el asunto de la referencia.

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 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte demandante 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: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en 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 AVILA
Juez

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

Hoy veintiuno (21) de noviembre de 2018 se notifica la providencia anterior
por anotación en el ESTADO No. 82.


DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

ER