



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

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 11001-33-42-052-2018-00039-00

Demandantes: Deibis Darío Bastidas García

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Sentencia de primera instancia – Prima de actividad y subsidio familiar

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Deibis Darío Bastidas García a través de apoderado judicial en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Deibis Darío Bastidas García, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo:

"(...)

1. **DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nº 20170423330302141 de fecha agosto 14 de 2017, suscrito por el Jefe de División de Nominas de la Armada Nacional, mediante el cual fue negada al demandante la petición elevada para que se le reconociera la prima de actividad y el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.
2. Como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **SE CONDENE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, a pagar a favor del demandante por concepto de prima de actividad el 49.5% del salario básico.
3. Como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **SE CONDENE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, a pagar a favor del demandante por concepto de subsidio familiar el 4% del salario

básico más la prima de antigüedad, de conformidad con el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

4. **SE CONDENE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, a pagar todas las sumas reconocidas debidamente indexadas conforme al IPC certificado por el DANE.
5. **SE CONDENE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, a pagar los intereses de qué trata el numeral 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
6. **SE CONDENE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, al pago de costas, gastos procesales y agencias en derecho, en caso de oposición a la presente demanda.
7. **SIRVASE**, señor Juez reconocerme personería jurídica para actuar en los términos y condiciones del poder a mi conferido.”

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fl. 14):

El actor ha prestado sus servicios en la Armada Nacional como Infante de Marina Regular, luego como Alumno Infante de Marina, y actualmente como Infante de Marina Profesional, en la ciudad de Bogotá.

Indica que el 8 de agosto de 2017, radicó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada, solicitando el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

La entidad accionada a través del Oficio No. 20170423330302141 del 14 de agosto de 2017, dio respuesta negativa a la anterior petición.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas citó los artículos 1,2,4,5,6,13,25,29,53,216 y 217 de la Constitución Política; artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, Decretos 1793 y 1794 del 2000, artículo 1 de la Ley 21 de 1982, artículo 3 y siguientes de la Ley 789 de 2002.

Afirmó que de conformidad con lo señalado en el artículo 4º de la Constitución Política, para el asunto de la referencia se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el Decreto 1794 de 2000, toda vez que se está vulnerando el principio de igualdad al no estar contemplado el concepto de prima de

actividad para los Infantes de Marina Profesionales y si para los demás miembros de las Fuerzas Militares.

En cuanto al subsidio familiar señala que los Infantes de Marina al momento de ingresar al servicio tenían unas prerrogativas salariales en cuanto al subsidio familiar, por ende al momento de legalizar su vida marital tenían la expectativa de que se les reconociera conforme al Decreto 1794 de 2000, sin embargo, al momento de reconocerle al actor un subsidio familiar distinto al que devengan otros Infantes de Marina Profesional, como el establecido en Decreto 1161 de 2014, se vulnera el artículo 13 Constitucional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 56 a 62).

El apoderado del extremo pasivo, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda por considerar que la prima de actividad está creada solamente para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que no es el caso del demandante, por cuanto se trata de un Infante de Marina Profesional, que se rige por un régimen diferente a los oficiales y suboficiales.

En cuanto al subsidio familiar solicitado, señala que al demandante se le reconoció conforme a lo dispuesto en Decreto 1161 de 2014, el cual devenga en la actualidad por su cónyuge e hijo; por lo tanto, si estaba inconforme con el porcentaje reconocido y percibido, ha debido impugnar en su oportunidad esos actos administrativos.

Igualmente propuso las excepciones de *"INDEBIDO AGOTAMIENTO DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD SOLICITADA EN LA TERCERA PRETENSION SOLICITADA EN EL ESCRITO DE DEMANDA"* e *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA ENTIDAD FRENTE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL SUBSIDIO FAMILIAR SOLICITADO"*.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: En cuanto a la denominada *"INDEBIDO AGOTAMIENTO DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD SOLICITADA EN LA TERCERA PRETENSION SOLICITADA EN EL ESCRITO DE DEMANDA"*, se advierte que la misma fue resuelta en audiencia inicial celebrada el 30 de octubre de 2018 (fls.78 a 82).

Respecto a la denominada "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA ENTIDAD FRENTE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL SUBSIDIO FAMILIAR SOLICITADO", encuentra el Despacho que las consideraciones que la sustentan 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, pues la finalidad de ésta es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante la providencia del 27 de febrero de 2019 (fl.152), el Juzgado corrió traslado a las partes procesales para que presentaran sus alegatos de conclusión.

La entidad accionada presentó sus alegatos de conclusión mediante memorial de 5 de marzo de 2019, visible a folios 154 a 155 del expediente, reiterando los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, aduciendo que la prima de actividad que solicita el actor únicamente tiene como destinatarios a los oficiales, suboficiales y personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, y en cuanto al subsidio familiar indicó el mismo se reconoció conforme a la Decreto 1161 de 2014, de encontrarse inconforme con el porcentaje ha debido impugnar los actos administrativos de reconocimiento.

La parte demandante 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:

I. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 30 de octubre de 2018 (fls. 78 a 82), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

1. ¿Le asiste derecho a la parte actora a que le sea reconocida y pagada la prima de actividad equivalente en 49.5% del salario básico, inaplicando por inconstitucionalidad el Decreto 1794 de 2000 y en su defecto lo señalado en el Decreto 1211 de 1990?
2. ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago del subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 por haberse vinculado en vigencia del mismo?

PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES: Obran las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Escrito presentado por el demandante en ejercicio del derecho de petición el 8 de agosto de 2018, en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actividad en un 49,5%, y el subsidio familiar establecido en el Decreto 1794 de 2000 (Fls.4 a 5).
2. Oficio No. 20170423330302141 del 5 de febrero de 2015, a través del cual la entidad accionada negó la anterior solicitud (fls.3 a 4).
3. Copia de constancia de tiempo de servicios y de nómina del accionante (Fls.7 a 8).
4. Copia auténtica del registro civil de matrimonio del actor (fl.10).
5. Copia de la cédula de ciudadanía del actor (fl.12).
6. Certificación de la última unidad de prestación de servicios del actor (fl.43).

7. Copia de la orden administrativa de la Armada Nacional No. 115 de 24 de abril de 2008, por la cual se incorporó como Infante de Marina Profesional al actor (fls. 86 a 88).
8. Copia extracto hoja de vida (fls. 89 a 92).
9. Copia del formato solicitud subsidio familiar por cónyuge e hijo (fl.110).
10. Documento de identidad de la señora Stefani Sandoval Banda (fl.112).
11. Copia de la orden administrativa No. 0073 de 4 de febrero de 2015, por la cual se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar al actor por su cónyuge, conforme al Decreto 1161 de 2014 (fls.113 a 121).
12. Copia del registro civil de nacimiento del menor Esteban David Bastidas Sandoval (fl.125).
13. Copia de la orden administrativa No. 0363 de 4 de mayo de 2015, por la cual se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar al actor por nacimiento de su hijo, conforme al Decreto 1161 de 2014 (fls.126 a 133).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

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

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

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

Así mismo, ordenó crear una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, lo cual se concretó en los artículos 10 y 13 al disponer:

“Artículo 10. *Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

Artículo 13. *En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2”.*

RÉGIMEN SALARIAL SOLDADOS PROFESIONALES

Por su parte, el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 “*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, en su artículo 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 11° dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 1. *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. *Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).*

PARAGRAFO. *Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.*

ARTICULO 3. PRIMA DE SERVICIO ANUAL. *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento 50% del salario básico devengado en el mes de Junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de Julio. de cada año.*

(...)

ARTÍCULO 4. PRIMA DE VACACIONES. A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.

ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.

(...)

ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

(...)"

De la norma antes transcrita, se evidencia que la misma estableció las prestaciones que tienen derecho los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que se vinculen a la institución a partir de la entrada en vigencia de la citada disposición.

Posteriormente mediante Decreto 1161 de 2014, se creó a partir del 1º de julio de 2014, el subsidio familiar para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, que con anterioridad no lo devengaban, así:

“Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1 de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo.

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo.

c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo.

En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

Parágrafo 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.

Parágrafo 2. Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1 de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

Parágrafo 3. Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.”

PRIMA DE ACTIVIDAD PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES

Al respecto la denominada prima de actividad, es considerada un concepto salarial que en principio se le reconoció a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo en la prestación de su servicio a las diferentes fuerzas ya sean personal uniformado o no uniformado. Así mismo, en la actualidad se ha reconocido como partida computable en las asignaciones de retiro de los militares y policías.

Ahora, mediante el Decreto 1211 de 1990, “*por el cual se reforma el Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*, en el artículo 84 reconoció la prima de actividad para el personal activo en el siguiente forma:

“ARTÍCULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”*

En ese orden de ideas, se observa que se estableció que este emolumento sólo lo perciben los Oficiales y Suboficiales que se encuentran en servicio activo dentro de la institución correspondiente, en un 33% y en el artículo 158, 159 y 160 del ibídem indicó el reconocimiento y computo dentro de la asignación de retiro de los miembros ya indicados.

El Decreto 2863 del 27 de julio de 2007; “*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones*”, en sus artículos 2º y 4º

aumentó el porcentaje de la prima de actividad tanto para los sujetos que estuvieren prestando sus servicios, así como aquellos que posteriormente iban a ser beneficiarios de pensión y/o asignación de retiro pero sólo respecto a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional es regulado por los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990, sin que se haya hecho manifestación alguna a quienes ostentaban el grado de Soldados Profesionales, respecto de quienes como ya se indicó se consagró el régimen mediante el Decreto 1794 de 2000.

El artículo 2º antes referido, fue objeto de pronunciamiento judicial al estudiarse la demanda de simple nulidad por parte del Consejo de Estado, Sección Segunda en Sentencia del 27 de marzo de 2014, en el cual se negó la nulidad de dicho artículo, por considerar que de conformidad con la facultad reglamentaria otorgada al Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Defensa Nacional y el Departamento Administrativo de la Función Pública no violaron los parámetros establecidos en la Ley 4ª de 1992, ni el derecho a la igualdad al fijar la prima de actividad para unos miembros en específico¹.

CASO CONCRETO

Conforme al material probatorio aportado al plenario y las alegaciones de las partes procesales, se tiene que el demandante presta sus servicios ante la entidad demandada como Soldado Profesional (fl.43), sin que durante el periodo que ha laborado se reconociera el pago de la prima de actividad como si se efectúa a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Por lo anterior, el accionante solicitó se realice la excepción de inconstitucionalidad sobre el Decreto 1794 de 2000, por considerar vulnerado su derecho a la igualdad, para que se extienda los efectos del Decreto 1211 de 1990 y en virtud de ello se reconozca y pague la prima de actividad.

Ahora, de conformidad con lo establecido el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el Decreto 1794 de 2000, efectivamente no contempló el

¹ Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve dentro del proceso con número de radicado interno 0656-2009

emolumento salarial solicitado por la parte actora, mientras que el Decreto 1211 de 1990 que regula el régimen prestacional y salarial de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares lo consagró no sólo como partida salarial sino computable en las asignaciones de retiro, motivo por el cual, el Despacho entrará a analizar si esa diferenciación es injustificada y atenta contra el derecho a la igualdad del sujeto activo y por lo tanto debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad sobre el Decreto 1794 de 2000.

Al respecto, se advierte que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se encuentra establecido en el artículo 4° de la Constitución Política, al establecer que *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales(...)*”. Esa norma le permite al operador jurídico o cualquier autoridad administrativa dejar de aplicar una disposición en un determinado asunto sin que la Ley inaplicada pierda vigencia o en virtud de un juicio de ponderación extender sus efectos a lo no previsto en ella.

Así las cosas, el Juez, para poder realizar el control difuso de una determinada norma, deberá efectuar un análisis respecto a la Constitución Política, para así poder determinar si existen razones de peso que lo lleven a inaplicar o extender una norma en pro de salvaguardar los principios y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, en el caso concreto, el Despacho luego de un análisis sobre el contenido de la norma, en contraste con la Constitución Política y demás disposiciones que hacen parte del régimen especial que gobierna a los miembros de la Fuerza Pública, concluye que no se encuentra vulnerado el principio a la igualdad ya que los Infantes de Marina Profesionales no están en la misma situación de hecho que los Oficiales y Suboficiales, por cuanto, la normatividad que rige a uno y otro grupo, obedece a que se trata de sujetos jurídicamente desiguales ya que pertenecen a diferentes niveles de jerarquía, rango, entre otros y, como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T- 540 del 2000; en el sentido de que *“no toda diferencia en el trato que se otorga a un grupo de empleados frente a otro constituye discriminación”*.

En esas circunstancias, ese trato diferenciado está permitido por la misma Ley 4ª de 1992, toda vez que esa norma establece los objetivos y criterios a tener en cuenta para fijar las distintas escalas salariales de acuerdo al grado, responsabilidades y funciones, es decir que el Gobierno Nacional optó por tratar de manera distinta a los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden de ideas, como lo ha indicado en diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional, no se puede pretender igualdad en salario para los trabajadores que por su profesionalización o características desarrollan diferente labor tal como lo señaló en la Sentencia T-369 de 2016:

“El principio “a trabajo igual, salario igual” corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo. Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias. Así pues, quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta.”

Al respecto, es pertinente traer a colación algunos de los apartes contenidos en la sentencia 2009-00029 del 27 de marzo de 2014, proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección B, dentro del radicado 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-2009), con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, en la cual se advirtió:

*(...) “En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la Fuerza Pública deben tener la misma remuneración por su trabajo. **Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53 de la Constitución, según el cual “la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”; así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones.***

Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se practique la violación del derecho a la igualdad.

(...)

En suma, se destaca que para demostrar la violación del derecho a la igualdad a partir de la comparación entre supuestos de hechos diferentes y entre personas cobijadas por regímenes distintos, como lo plantea el actor en este

proceso, se “exige un análisis constitucional encaminado a justificar que los que son diferentes deben ser tratados igual, lo cual solo esta constitucionalmente ordenado en circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensada por otros beneficios (...) (Negrillas fuera del texto original)”.

En ese orden de ideas, al no existir normatividad específica que permita tratarlos jurídicamente iguales a los Soldados Profesionales con relación a los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, se observa que la entidad demandada no ha vulnerado el derecho a la igualdad como lo argumenta la parte demandante, por lo cual no hay razón para inaplicar el Decreto 1794 de 2000 por inconstitucional y en consecuencia no se ordenará el reconocimiento de la prima de actividad en el porcentaje solicitado para que sea factor salarial de la asignación de esos sujetos procesales.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 13 de junio de 2018, en concordancia con lo expuesto, señaló:

“Por lo anterior, la circunstancia que a los soldados profesionales del Ministerio de Defensa, conforme a su régimen salarial y prestacional, no se les tenga en cuenta la prima de actividad, como si se les reconoce a los oficiales y suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional se encuentra justificada en que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe del derecho a la igualdad, además también obedece a criterios razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos como Ley 4° de 1992.

Circunstancias que permiten que en materia salarial se establezcan tratos diferentes pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, es decir, que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y los distintos grados en la institución (...)”²

Adicionalmente, esta decisión se encuentra reforzada, por la legalidad del Decreto 1794 de 2000 toda vez que no ha sido objeto de pronunciamiento por las autoridades judiciales competentes, es decir que el mismo se encuentra vigente y por lo tanto ha venido siendo aplicado de manera correcta por la demandada.

En ese orden de ideas, no hay lugar acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento y pago de la prima de actividad, ya que no fue desvirtuada la presunción de legalidad que recae sobre el acto acusado.

² Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo, Fallo del 13 de junio de 2018, Exp. 2016-00315.

De otra parte, el demandante pretende con fundamento en el derecho a la igualdad, el reconocimiento y pago del subsidio familiar en aplicación del Decreto 1794 de 2000, y no como lo reconoció la entidad demandada a través del Decreto 1161 de 2014, por tanto, el debate en el presente litigio se centra en definir si en efecto al actor, le asiste el derecho al mencionado reconocimiento.

No obstante, se advierte que contrario a lo señalado por dicho extremo procesal, tales circunstancias no implican un desconocimiento del derecho a la igualdad invocado y en su caso no resulta aplicable el Decreto 1794 de 2000, básicamente porque el derecho al subsidio familiar lo configuró en vigencia del Decreto 1161 de 2014.

Debe entenderse que el Decreto 1161 de 2014, creó el subsidio familiar a partir del 1º de julio de 2014, para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales **que no percibían subsidio familiar** previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y por ello, sus efectos recaen en el personal de la Institución que causó ese derecho con posterioridad a esa fecha.

Quiere decir lo anterior, que solo a partir del 1º de julio de 2014, las situaciones prestacionales relacionadas con subsidio familiar de los Infantes de Marina Profesional que no lo devengaban con anterioridad, comenzaron a ser reguladas por las disposiciones normativas contenidas en Decreto 1161 de 2014, tanto así que en el párrafo 3 de ese Decreto se dispuso que *“Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.”*

Al revisar el plenario se observa que mediante orden administrativa de personal No. 0073 de 14 de febrero de 2015 (fls.112 a 121), la entidad demandada reconoció al actor un subsidio familiar a partir del 1º de febrero de 2015, con base en el Decreto 1161 de 2014, **por matrimonio contraído el 07 de noviembre de 2014**, según consta en el registro civil indicativo serial 0 5251905 (fl.111).

Posteriormente, a través de orden administrativa de personal No. 0363 de 04 de mayo de 2015 (fls.126 a 133), se le reconoció al actor subsidio familiar a partir del 1º de mayo de 2015, **por nacimiento de su hijo Esteban David Bastidas**

Sandoval ocurrido el 13 de julio de 2014 (fl.123), también con fundamento en el Decreto 1161 de 2014.

Resulta pertinente resaltar que no obra documental alguna dentro del plenario que dé cuenta que el actor con anterioridad al 1º de julio de 2014, tuviera reconocido subsidio familiar con aplicación de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, pese a haberse vinculado a la institución en vigencia de los mismos, o que al menos hubiera causado el derecho antes de dicha fecha (1º de julio de 2014), para que se estudiara la posibilidad de dar aplicación al Decreto por él invocado, pues se reitera que tanto el nacimiento de su hijo (13 de julio de 2014), como su matrimonio (7 de noviembre de 2014), ocurrieron en vigencia del Decreto 1164 de 24 de junio de 2014, que fue aplicado correctamente por la entidad demandada.

De lo considerado en precedencia, se tiene que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1161 de 2014 y habiendo causado el actor su derecho con posterioridad al 1º de julio de 2014, como se extrae de los registros civiles aportados (fls. 111 y 125), su subsidio familiar debía ser reconocido y pagado en el equivalente al 20% por matrimonio, y el 3% por su primer hijo, del sueldo básico, porcentaje sobre el cual se reconoció tal prestación, según lo manifestado por el actor y las liquidaciones que obran en los folios 113 a 126 del expediente.

Aunado a lo anterior, se resalta por el Despacho que el Decreto 1161 de 2014, no ha sido objeto de pronunciamiento por las autoridades judiciales competentes, es decir que el mismo se encuentra vigente y por lo tanto ha venido siendo aplicado de manera correcta por la entidad demandada.

Además el citado Decreto que aplicó la entidad demandada, fue expedido de conformidad con la **facultad reglamentaria** otorgada al Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con la Ley 4 de 1992, es decir, con esa facultad el Gobierno puede modificar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, claro está, respetando los derechos adquiridos de sus miembros.

En el presente asunto no se está frente a un derecho adquirido del actor relacionado con el subsidio familiar, por cuanto a la fecha de publicación del Decreto 1161 de 2014 (25 de junio de 2014), el actor no tenía adquirido el derecho al referido subsidio, sino que los hechos generadores del reconocimiento

de la prestación acontecieron con posterioridad al 1º de julio de 2014, con se anotó en líneas anteriores.

El hecho que el señor Bastidas García, hubiera ingresado en vigencia de la normatividad anterior como lo pretende hacer valer, para que se le reconozca el subsidio familiar establecido en el Decreto 1794 de 2000, no implica que la entidad demandada este impedida para expedir nuevos Decretos que regulen situaciones prestacionales que no han sido adquiridas por los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, justamente por la facultad reglamentaria de que esta investido el Gobierno Nacional.

Por lo expuesto, se colige que el subsidio familiar se reconoció en debida forma por parte de la entidad demandada, circunstancia que nos lleva a concluir además, que el Oficio No. 20170423330302141 del 14 de agosto de 2017, fue librado conforme a las disposiciones de ley.

En esa medida, el Despacho advierte que no es procedente acceder a lo planteado por el actor y por ende el acto administrativo contenido en el Oficio referido en el inciso anterior, no puede ser desconocido y menos aún anulado, básicamente por cuanto respecto del mismo no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad que ostenta, por lo cual no hay lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

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

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

FALLA

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

SEGUNDO: Sin 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


ANGELICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy quince (15) de mayo de 2019 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>031</u></p> <p> _____ DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>

EF





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

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 110013342-052-2018-00257-00
Demandante: JAYMY SUAREZ ESCOBAR
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 Jaymy Suarez Escobar 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 Jaymy Suarez Escobar, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. OJU-E-605-2018 del 6 de marzo de 2018, 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 que existió entre las partes por el periodo comprendido entre el 13 de marzo de 2011 hasta el 31 de enero de 2018.

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:

Pagar la totalidad de los factores de salario devengados por los auxiliares administrativos de la planta de entidad accionada causados por la actora desde el 13 de marzo de 2011 hasta el 31 de enero de 2018.

Condenar al sujeto pasivo a pagar a la actora el valor equivalente al auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, antigüedad, quinquenios, vacaciones, compensación en dinero de las vacaciones, subsidios de alimentación y transporte causados desde el 13 de marzo de 2011 hasta el 31 de enero de 2018 teniendo en cuenta el salario de un auxiliar administrativo.

Condenar a la accionada al pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral y caja de compensación por el periodo comprendido entre el 13 de marzo de marzo de 2011 hasta el 31 de enero de 2018.

Condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías según los términos de la Ley 244 de 1995.

Condenar a la accionada al pago de 20 salarios mínimos legales vigentes por concepto de daños morales.

Condenar al extremo pasivo al pago de lo adeudado conforme al IPC e intereses moratorios conforme lo expuesto en los artículos 187 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fis.22 a 25):

1. La señora Suarez Escobar prestó sus servicios de manera constante e ininterrumpida para la accionada desde el 13 de marzo de 2011 hasta el 31 de enero de 2018 en el cargo de auxiliar administrativo.
2. La vinculación de la parte actora fue a través de contratos sucesivos de prestación de servicios, habituales sin interrupción alguna durante todo el tiempo de servicio.
3. El cargo que ejerció la actora tiene vocación de permanencia y las funciones estuvieron encaminadas al desarrollo de la misión de la entidad accionada.
4. El último salario percibido por la accionante fue de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000).

5. La accionante prestó los servicios de forma habitual de manera presencial bajo un horario de trabajo, órdenes y supervisión de los jefes inmediatos.
6. El pago por la prestación de los servicios se llevaba a cabo a través de una cuenta bancaria.
7. El sujeto pasivo le exigía a la actora afiliarse como independiente al Sistema Integral de Seguridad Social.
8. A la accionante se le descontaba el impuesto ICA y retención en la fuente,
9. A la parte actora le fue entregado carnet que debía ser portado todo el tiempo.
10. Durante la vigencia de la relación laboral a la demandante no se le cancelaron las prestaciones sociales y/o acreencias laborales de ningún tipo.
11. Durante el tiempo en el cual prestó sus servicios la actora no le fueron otorgadas las vacaciones ni compensadas en dinero.
12. Los contratos de prestación de servicios suscritos entre los extremos procesales fueron modelos diseñados por la accionada.
13. Durante la vigencia de la relación laboral de la demandante recibió llamados de atención y felicitaciones por la accionada por la prestación de los servicios.
14. La actora no podía delegar la ejecución de las funciones asignadas sin autorización de su jefe inmediato.
15. Las funciones ejecutadas por la demandante se adelantaron con insumos y herramientas entregados por la accionada.
16. Dentro de la planta de personal del sujeto pasivo existían personas que ejercían las mismas labores que realizaba la actora.
17. El 20 de febrero de 2018 la demandante en ejercicio del derecho de petición elevó reclamación administrativa ante el extremo pasivo en el cual solicitó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales devengadas por la existencia de una relación laboral entre ellos.

18. La accionada mediante el Oficio No. OJU-E-605-2018 de 6 de marzo de 2018 negó la anterior petición.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 126, 209, 277 y 351 de la Constitución Política; Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Decreto 2400 de 1979, Decreto 3074 de 1968, Decreto 1848 de 1968, Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 100 de 1993, Ley 244 de 1995, Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004, Ley 80 de 1993, Decreto 1250 de 1970, Decreto 2400 de 1968, Decreto 1919 de 2002, Código Sustantivo del Trabajo, Ley 1438 de 2008, Decreto 1374 de 2010 y Decreto 3148 de 1968.

El apoderado de la demandante indicó que ella trabajó al servicio de la accionada con total subordinación y dependencia en donde para desempeñar su cargo le exigían cumplir un horario y recibía órdenes; el pago del salario era consignado en una cuenta bancaria. El cargo que desempeñó fue como auxiliar administrativo, cumpliendo funciones inherentes al funcionamiento y objeto social de la demandada de manera ininterrumpida y constante.

Por tal fin, al encontrarse reunidos los tres elementos constitutivos de un contrato de trabajo y en virtud de lo señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado debe declararse que entre la accionante y la demandada existió una relación legal y reglamentaria y en consecuencia se deben reconocer las prestaciones sociales dejadas de percibir y la diferencia en el pago a que haya lugar por la cotización al Sistema Integral de la Seguridad Social.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls.55 a 66).

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

Indicó que el contrato de prestación de servicios fue suscrito y ejecutado conforme a las previsiones de la Ley 80 de 1993, por lo que en ningún caso entre los extremos procesales existió una relación laboral.

Afirmó el apoderado de la accionada que el hecho que se cumpliera con un horario y se acatara instrucciones no da cuenta de la existencia de una relación laboral sino que ello obedece al cumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos de prestación de servicios de naturaleza civil.

Igualmente propuso las excepciones que denominó: "caducidad", "inepta demanda", "trámite inadecuado", "falta de jurisdicción y competencia", "prescripción extintiva", "pago", "inexistencia del derecho y de la obligación", "ausencia del vínculo de carácter laboral", "buena fe", "cobro de lo no debido", "relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral", "compensación", "oposición", "innominada".

Las excepciones de caducidad, prescripción extintiva, inepta demanda – trámite inadecuado, falta de jurisdicción y competencia fueron resueltas negativamente en la audiencia inicial del 21 de noviembre de 2018 (fls.84 a 89).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 20 de febrero de 2019 (fl.170), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para allegar los alegatos de conclusión.

Ambos extremos procesales presentaron sus alegatos de conclusión (Fls.172 a 181), en los cuales ratificaron lo expuesto en la demanda y su contestación respectivamente.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

II. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a las excepciones pendientes de decisión, encuentra el Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepción de mérito alguna, pues la finalidad de estas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

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

2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada por este Despacho el 21 de noviembre de 2018 (Fls.84 a 89), se fijó el litigio en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Es procedente la declaratoria de nulidad del Oficio No.OJU-.E-605-2018 del 6 de marzo de 2018, mediante el cual Subred Integrada de Servicios de Salud E.S.E., 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 prestaciones reclamadas por la actora de conformidad con el cargo desarrollado, estos es, auxiliar administrativo a partir del 13 de marzo de 2011 hasta el 31 de enero de 2018, tiempo que prestó sus servicios personales en dicha ?

3. ACERVO PROBATORIO.

- PRUEBAS DOCUMENTALES

3.1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición por la actora ante la accionada el 20 de febrero de 2018 en el cual solicitó el reconocimiento de la

existencia de una relación laboral y en consecuencia el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones respectivas (Fls.3 a 6).

3.2. Oficio No. 201803510044391 del 6 de marzo de 2019 proferido por la demandada en el cual negó la anterior petición (Fls.7 a 14).

3.3. Copia digital de los contratos suscritos por los extremos procesales (Fl.105).

3.4. Manual de Funciones de la entidad accionada (Fls.107 a 164).

- PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaraciones rendidas el 11 de diciembre de 2018, por las señoras Claudia Patricia Morales Sanabria y Mireya Camacho Páez e interrogatorio de parte (Fls.97 a 101), las cuales se encuentran en medio magnético obrante a folio 102 del expediente.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

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

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

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

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

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

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

"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

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.

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

Al respecto, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, señalaron que se encuentra taxativamente prohibido que las entidades estatales recurran al contrato de prestaciones de servicios para ejercer funciones permanentes, disposiciones normativas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009 en la cual dicho alto tribunal fue claro al determinar que las funciones permanentes designadas por la Ley y Reglamento las deben ejercer el personal de planta de la entidad que ingresaron a través del sistema de carrera administrativa, esto para evitar que se escondan verdaderas relaciones laborales y se desnaturalice el contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993.

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

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

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

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

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

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e

imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

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

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

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

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

"(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios**, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin

derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

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

En la parte resolutive dispuso:

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

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

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

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

En tal sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, expediente con radicado interno No. 0088-15, demandante: Lucinda María Cordero Causil,

demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, discurrió:

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

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

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

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

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Jaymy Suarez Escobar, a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 201803510044391 del 1º de marzo de 2019, mediante el cual la accionada,

negó la existencia de una relación laboral y en consecuencia se abstuvo de reconocer y pagar las prestaciones sociales.

En ese sentido, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido es menester corroborar si en los contratos de prestación de servicios celebrados con la demandante se acredita o no la existencia de los tres elementos de la relación laboral y en caso de demostrarse que existió una relación de subordinación o dependencia, habría lugar a ordenar el reconocimiento de las prestaciones sociales a favor del contratista en virtud del artículo 53 de la Constitución Política³, situación en la cual quedaría desvirtuada la existencia de un contrato de prestación de servicios.

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

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

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

- De la prestación personal del servicio

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la demandante prestó sus servicios al Hospital Tunal III Nivel ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, a través de la suscripción de varios contratos de prestación de servicios, los cuales se relacionan a continuación y en los que desarrolló actividades de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, desde el 13 de abril de 2011 hasta el 31 de enero de 2018 conforme a los contratos que obran en formato digital en el CD visible a folio 105 del expediente:

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

CONTRATO	TERMINO DE DURACIÓN	ADICIÓN O PRÓRROGA
1067-2011	Desde el 13 de abril de 2011 hasta el 12 de mayo de 2011.	Hasta el 30 de junio de 2011 Hasta el 31 de Agosto de 2011 Hasta el 30 de septiembre de 2011 Hasta el 31 de octubre de 2011 Hasta el 31 de diciembre de 2011 Hasta el 31 de enero de 2012
93-2012	Desde el 1° de febrero de 2012 hasta el 31 de mayo de 2012.	Hasta el 30 de junio de 2012 Hasta el 31 de julio de 2012 Hasta el 30 de agosto de 2012 Hasta el 30 de septiembre de 2012 Hasta el 31 de octubre de 2012 Hasta el 31 de diciembre de 2012
124 de 2013	Desde el 1° de enero de 2013 hasta el 31 de mayo de 2013.	Hasta el 31 de agosto de 2013
2270 de 2013	Desde el 8 de octubre de 2013 hasta el 7 de noviembre de 2013	Hasta el 7 de enero de 2014
668-2014	Desde el 8 de enero de 2014 al de 7 mayo de 2014	Hasta el 7 octubre de 2014 Hasta el 7 de diciembre de 2014 Hasta el 31 de diciembre de 2014 Hasta el 30 de enero de 2015 Hasta el 28 de febrero de 2015
221-2015	Desde el 1° de marzo de 2015 hasta el 30 de junio de 2015	Hasta el 31 de agosto de 2015 Hasta el 30 de septiembre de 2015 Hasta el 31 de diciembre de 2015
312-2016 5922-2016 (subrogación y contrato con Subred Integrada de Servicios Sur ESE)	Desde el 1° de enero de 2016 hasta el 31 de marzo de 2016	Hasta el 30 de abril de 2016 Del 1° de junio hasta el 30 de junio de 2016 Hasta el 31 de julio de 2016 Hasta el 31 de diciembre de 2016
856 de 2017	Desde el 2 de enero de 2017 hasta el 27 de febrero de 2017	
4553 de 2017	Desde el 30 de febrero de 2017 hasta el 30 de abril de 2017	Hasta el 31 de mayo de 2017 Hasta el 30 de junio de 2017 Hasta el 31 de julio de 2017 Hasta el 31 de agosto de 2017
7987-2017	Desde el 1° de septiembre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2017	Hasta el 31 de diciembre de 2017
1387-2018	Desde el 1° de enero de 2018 hasta el 31 de enero de 2018	

De lo anteriormente relacionado se tiene que la actora desarrolló la labor de auxiliar administrativo en el Hospital Tunal III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, desde el 13 de abril de 2011 hasta el 31 de enero de 2018 en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos con la accionada.

- **Remuneración**

De conformidad a los contratos de prestación de servicios objeto de prueba del presente litigio obrantes en el CD visible a folio 105 del plenario, se evidencia que el Hospital Tunal III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE efectuó el pago mensual a la señora Jaymy Suarez Escobar por los servicios prestados como auxiliar administrativo.

- **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 mencionada 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.

El objeto de los diversos contratos suscritos entre la entidad demandada y la actora, fueron realizar actividades propias de los auxiliares administrativos, servicios que se pactaron de manera común en todos los contratos de prestación de servicios por el periodo de estudio (13 de abril de 2011 hasta el 31 de enero de 2018).

De otro lado, se estableció como obligaciones del contratista en el último contrato suscrito entre los extremos procesales, lo siguiente:

“Cláusula Segunda: Obligaciones del Contratista: El contratista se obliga para con la subred a cumplir con las obligaciones derivadas del objeto del así: Especificaciones Técnicas: 1. Conocer e implementar los Modelos de atención de los Aseguradores y los lineamientos de la Subred Sur E.S.E., garantizando la orientación adecuada y oportuna los usuarios. 2. Realizar el contacto efectivo telefónico o vía web con los usuarios, identificando y respondiendo a sus requerimientos (asignación, reprogramación, confirmación y cancelación de citas, suministro de información, orientación, recepción de quejas y reclamos, etc) de manera cálida, oportuna y eficaz, fortaleciendo la percepción positiva del servicio prestado). 3. Registrar en el sistema Dinámica Gerencial. Neta todos los usuarios que requieren el servicio de primera vez, confirmar y actualizar los datos de los usuarios ya registrados garantizando la identificación correcta del paciente y hacer comunicación redundante con el mismo para sí verificar que la información

suministrada haya sido comprendida. 4. Hacer registrar la demanda inducida al uso adecuado de los servicios de promoción y detección temprana. 5. Hacer la identificación y reporte de Demanda insatisfechas recepcionada por vía telefónica o web según procedimiento institucional establecido y gestionar la ubicación de las citas requeridas a la mayor brevedad de acuerdo a la disponibilidad de agendas. 6. Identificar y registrar las necesidades de los usuarios que se comunican a la línea Azul y de acuerdo a estas, hacer la transferencia respectiva para la atención integral, generando valor agregado y aportando al aumento en el nivel de satisfacción del mismo. 7. Realizar campañas de fidelización y apoyar e las realización de encuestas de satisfacción al cliente vía telefónica o web. 8. Responder por el inventario de elementos y equipos asignados para el desarrollo de sus actividades, cumpliendo con las políticas de Seguridad y Salud en el Trabajo y participando actividades en las actividades programadas para el Fortalecimiento de competencias. 9. Ejercer las demás actividades asignadas acordes con el objetivo de su contractual específicamente en lo concerniente en el Convenio 1941 de 2016. PARAGRAFO – A- Las demás actividades inherentes al objeto del contrato que le sean asignadas por el supervisor del mismo de acuerdo a las necesidades del servicio y en la unidad donde sea requerido. B- Cumplir con todas las tareas y compromisos asignados dentro del desarrollo de la implementación del Sistema de Información Institucional Dinámica Gerencial Hospitalaria WEB Services 2014. C- Cumplir con las normas establecidas y la plataforma estratégica de la Subred, en el desarrollo de los productos y/o actividades contratadas. D.- Entregar mensualmente al supervisor del contrato informe de las actividades desarrolladas dentro del objeto contractual. E.- Responder por el buen uso de los quipos y elementos asignados para el desarrollo de los productos y/o actividades contractuales. F-Brindar atención humanizada al cliente externo y establecer relaciones de cordialidad con el cliente interno de la Subred. G- Cumplir con las normas y procedimientos técnicos y administrativos de la Subred. H.-Utilizar, custodiar, salvaguardar y vigilar, los recursos e insumos y la conservación y uso adecuado de los bienes y la obligación de responder por su deterioro o pérdida al igual que la documentación e información que por razón de sus actividades le sean suministrados, o tenga acceso para el cumplimiento de las actividades contratadas (...)

De otra parte, en los contratos se estipuló el pago de los honorarios a la actora con base en un informe mensual en donde se evidencien las actividades efectivamente ejecutadas y una certificación expedida por el supervisor del contrato.

En virtud de las cláusulas señaladas en cada uno de los contratos en los cuales se consagra la supervisión de la ejecución de los deberes, se colige una total dependencia y subordinación laboral, ya que como se evidenció no sólo se estipuló como obligaciones seguir cada uno de los procedimientos establecidos por la entidad accionada si no que se le asignó un superior directo que se encontraba obligado a ejercer vigilancia, control y supervisión de las actividades encomendadas.

Adicionalmente, para el Despacho se encuentra plenamente demostrado que las labores que prestó la accionante son de la naturaleza y de la esencia del servicio que presta la entidad demandada, toda vez que resulta apenas lógico que para la

correcta prestación de los servicios de salud, exista personal que dirija, coordine, controle y organice en general todo lo que gira entorno a la relación directa entre médico y usuario; tales como: (lista de proveedores, capacidad máxima de respuesta y de atención, prestación de los servicios de las IPS, cobros, facturación, base de datos, codificaciones y en el caso de la actora, asignación de citas médicas web o telefónicamente y la custodia de las historias clínicas de los pacientes).

El gran cúmulo de usuarios de los servicios de salud, exige de una organización institucional que permita que esa prestación resulte eficaz y acorde con cada una de las necesidades de las personas que acuden a buscar alivio a sus dolencias, en este caso a la Sub Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

No hay que olvidar que de conformidad con lo establecido en la Ley 1751 de 2015 y el artículo 49 de la Constitución Política, la salud es un derecho fundamental cuya prestación se encuentra establecida como un servicio público a cargo del Estado quien bajo los presupuestos de integralidad y continuidad debe garantizar una correcta prestación de los servicios de salud para todos los usuarios. Así, las entidades prestadoras de ese servicio-derecho deben contar con todas las herramientas administrativas, presupuestales, humanas y de infraestructura necesarias para ofrecer un servicio de calidad.

Por lo anterior, se reitera que es de la esencia misional de las entidades prestadoras de los servicios de salud contar con el talento humano que realice actividades administrativas que garanticen la prestación de servicios médicos-asistenciales de calidad.

De conformidad con lo expuesto, la entidad accionada cuenta con manual de funciones para el personal de auxiliar administrativo discriminados bajo el mismo código y distintos grados (fls.136 a 164), de estos, de la lectura comparativa del Código 407, Grado 11 del anotado manual establecido mediante el Acuerdo No. 013 de 2017, se concluye que las labores asignadas a ese personal que son empleados que tienen una relación legal y reglamentaria con dicho sujeto procesal son funciones similares a las desarrolladas por la demandante durante el periodo bajo estudio en los contratos de prestación de servicios antes indicados.

Por todo lo anterior, el Juzgado concluye que en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, entre la accionante y la demanda existió un verdadero vínculo laboral por el periodo comprendido entre el 13 de abril de 2011 al 31 de enero de 2018 que la hace acreedora a percibir a título de restablecimiento del derecho el pago de la prestaciones sociales y las cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social.

No obstante, 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 y tal como se explicó en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia.

Ahora bien, este Despacho practicó el 11 de diciembre de 2018, los testimonios a las señoras Claudia Patricia Morales Sanabria, Mireya Camacho Páez y el interrogatorio de la demandante que obran en medio magnético a folio 102 del expediente, de los cuales se resalta lo siguiente:

Declaración rendida por la señora Claudia Patricia Morales Sanabria.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: *“¿Tiene usted conocimiento de la forma en que la entidad accionada remuneraba a la actora como contraprestación por sus servicios prestados?”*. RESPUESTA: *“Si señor, a nosotros nos pagaban en una cuenta de nómina mensual”*.

PREGUNTADO: *“¿Tiene usted conocimiento de que la actora siguiera ordenes en el ejercicio de sus tareas al interior de la entidad?”*. RESPUESTA: *“Sí claro nosotros recibíamos órdenes”*.

PREGUNTADO: *“¿Qué tipo de ordenes les suministraba la jefe a la accionante?”*. RESPUESTA: *“Ella nos exigía horarios, nos exigía que cumpliéramos nuestras tareas asignadas por ella”*.

PREGUNTADO: "¿Tiene conocimiento del horario que cumplía la accionante?".

RESPUESTA: "El horario que se manejaba como asignábamos citas médicas, se empezaba a las 5 am hasta las 3 pm, como ella era la que iniciaba pero a veces le tocaba quedarse hasta más tarde".

PREGUNTADO: "¿Podría usted ilustrarnos de las ordenes que recibía la accionante?".
RESPUESTA: "Como les estaba diciendo ella tenía que ser la primera persona que tenía que llegar a asignar citas porque la gente madrugaba mucho, nuestras labores eran asignar citas, atender al usuario y si tocaba quedarse más tiempo tocaba contestar quejas y reclamos".

PREGUNTADO: "¿Indíqueme al Despacho si tiene conocimiento de que la actora tenía que ejercer sus labores de manera personal y presencial en la instalaciones de la entidad?".
RESPUESTA: "Sí, claro dentro de nuestro horario establecido por ellos teníamos que dejar cumplidas las tareas día a día".

PREGUNTADO: "¿Indíqueme al Despacho como era el procedimiento para la accionante en el sentido de solicitar un permiso o una ausencia en el trabajo?".
RESPUESTA: "Siempre había soportar por qué se faltaba como si fuera una empresa privada y digamos ya tocaba generar el permiso con 5 personas más arriba de nuestro nivel".

- Preguntas de la entidad accionada

PREGUNTADO: "¿Usted conoció, vio los contenidos de los contratos que firmaba la accionante?".
RESPUESTA: "Sí, eran los mismos que yo firmaba".

PREGUNTADO: "¿De acuerdo con lo anterior indique cual era el contenido de este contrato?".
RESPUESTA: "Allí, nos decía que éramos auxiliares administrativos que nuestro contrato era solo asignación de citas y manejar un sistema que se llama dinámica y nada más, pero nuestras laborales según se extendió tocaba quedarse el tiempo que tocaba colaborar a nuestros compañeros si estaban colgados de trabajo, si nuestro jefe decía que tocaba quedarse, tocaba quedarnos, porque siempre nos amenazaban que si no terminábamos nos sacaban".

PREGUNTADO: "¿Le consta que la demandante tuvo un manual de funciones para ella misma?". RESPUESTA: "Si claro, lo que le indico como yo también estaba en esa área, nosotros teníamos un manual de funciones pero eso nunca se vio expuesto en un contrato siempre era lo que nos decía nuestra jefe".

PREGUNTADO: "¿Usted le consta que en alguna ocasión le hayan llamado la atención a la demandante que tuviera que rendir descargos o un proceso disciplinario?". RESPUESTA: "Como nosotros no manejamos eso descargos disciplinario ella sí tuvo un conflicto con la doctora Martha porque ella la agredió, ello se manejó internamente y la única solución que ella encontró fue sacarnos".

- Preguntas del Despacho

PREGUNTADO: "¿Usted indicó que la accionante trabajaba en un horario de 5 am a 3 pm porque usted sabe que ella se dedicaba a asignar citas?". RESPUESTA: "Porque yo era la siguiente en llegar".

PREGUNTADO: "¿Cómo se asignaban estas citas de forma personal o call center?". RESPUESTA: "De las dos formas, presencial y call center, cuando se hizo la unión de la subred eso fue un cambio muy fuerte".

PREGUNTADO: "¿Usted indicó que no conoció un manual de funciones que las ordenes se les daba de forma verbal, entonces como tiene conocimiento que el cargo que ocupó la demandante tenía ese manual?". RESPUESTA: "Por lo que le indicaba que las actas que nos hacían firmar que no estaban llenas, nos hacían una reunión para indicarnos nuestras funciones, pero esas funciones no estaban en el papel mientras nosotros la firmábamos no se llenaban".

PREGUNTADO: "¿Hablo de la prestación personal de la señora Suarez Escobar, entonces ustedes podían ir a desempeñar las labores por la cuales fueron contratadas de particular no tenían uniformes específico o una dotación?". RESPUESTA: "No nos dieron uniformes, sólo un carnet.".

Declaración rendida por la señora Mireya Camacho Páez.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: "¿Sírvese indicarle al Despacho a la forma en la que remuneraban a la accionante?". RESPUESTA: "Si señor nos pagaban mensualmente".

PREGUNTADO: "¿De qué manera les pagaban mensualmente?". RESPUESTA: "Una cuenta de nómina".

PREGUNTADO: "¿Cuál era el horario que desempeñada la accionante?". RESPUESTA: "De 5 am a 3pm"

PREGUNTADO: "¿Qué tipo de herramientas le entregaban a la accionante?". RESPUESTA: "El computador y las líneas telefónicas donde ella daba sus citas".

PREGUNTADO: "¿Indíquele al Despacho si la accionante podía reemplazar al personal de planta?". RESPUESTA: "Sí, claro las mismas capacidades".

- Preguntas de la entidad accionada

PREGUNTADO: "¿Qué cargo tenía usted y asimismo la demandante?". RESPUESTA: "Yo era auxiliar de enfermería técnico en encefalogramas y mi compañera daba citas médicas en consulta externa".

PREGUNTADO: "¿Qué actividades concretamente le constan a usted que tuviera que realizar en el día a día la demandante?". RESPUESTA: "Ella relevaba citas médicas en consulta externa".

PREGUNTADO: "¿Usted manifestó que ella (la accionante) recibía ordenes eran escritas o verbales?". RESPUESTA: "Eran verbales, pues les indicaban el horario, el manejo de las agendas de los médicos de todas las especialidades".

- Preguntas del Despacho

PREGUNTADO: "¿Usted manifiesta que la accionante trabajaba de las 5am hasta las 3pm, esto como lo corroboraba?". RESPUESTA: "Sí la fila que se hace es a las 5 am, yo ingresaba a las 6 am, ella ya estaba en la institución"

PREGUNTADO: "¿Por qué le consta que ella recibía llamados de atención por parte de los jefes inmediatos?". RESPUESTA: "En un episodio nos dimos cuenta como un jefe ella la agredió, la cogió del carnet, la jalo y le dejo marcas fue un inconveniente que tuvieron en consulta externas".

PREGUNTADO: "¿Usted recuerda a parte del carnet que portaban como se identificaban que desempeñaban labores en la institución?". RESPUESTA: "(...) en el caso de ellos manejaban unas carpetas (...) entrada, nombre y hora de salida".

Interrogatorio de parte rendida por la señora Jaymy Suarez Escobar.

- Preguntas de la entidad accionada

PREGUNTADO: "¿Cómo era el día a día suyo en la entidad con circunstancia de modo tiempo y lugar?". RESPUESTA: "Entraba a las 5 am daba citas, y me paraba auxiliar a los pacientes de la tercera edad, darles un vaso de agua, contestar el teléfono dando citas, mi horario era de 6am a 3pm y en ocasiones me tocaba quedarme (...) eran muchas las funciones".

PREGUNTADO: "¿Sírvese informarle al Despacho si en el área en la cual usted trabajo habían jefes?". RESPUESTA: "Cada cuatro tres meses habían jefes, la última que tuve fue Martha Aponte, Carlos (...)".

PREGUNTADO: "¿Cada uno de esos jefes le daban ordenes?". RESPUESTA: "Si cada uno de los jefes que tuve los últimos pues tuve varios, los últimos, todos fueron por, ósea el contrato que era prestación de servicios, que era administrativo asignación de citas pero verbalmente nos delegaban otras funciones que no estaban en el contrato, todo era verbal, no nos hicieron firmar nada aparte de eso".

De las declaraciones que preceden se extrae que la actora cumplía con un horario de trabajo que se realizaba de acuerdo a lo que fijaba el coordinador y/o el jefe del

área, en especial para la asignación de citas médicas a primera hora del día, que cumplía órdenes, que para adelantar sus servicios se les otorgaba los utensilios necesarios, el pago de los "honorarios" se efectuaba a una entidad bancaria y que para poder ausentarse de sus labores debía solicitar permisos atendiendo que la prestación del servicio era de forma personal.

En tal sentido, para este recinto judicial se refleja igualmente la subordinación y dependencia del Hospital Tunal III 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 Jaymy Suarez Escobar, teniendo en cuenta que está comprobada la verdadera existencia de una relación laboral entre la actora y la entidad demandada, puesto que concurren los 3 requisitos, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración por los servicios prestados y principalmente el cumplimiento de sus labores bajo la subordinación o dependencia de la entidad.

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

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

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

con el valor de los honorarios recibidos durante su ejecución (ff. 129-183).

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se reitera entonces que entre la señora Jaymy Suarez Escobar y el Hospital Tunal III Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, existió una verdadera relación laboral, la cual se encontraba oculta por sendos contratos 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 por la demandante.

Prescripción extintiva del derecho en contrato realidad

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

(...)

*Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. **Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente***

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

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

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 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.

Para ello, el Juzgado resalta que en el asunto es necesario diferenciar dos periodos comprendidos entre: (i) el 13 de abril de 2011 al 31 de agosto de 2013 y (ii) del 8 de octubre de 2013 hasta 31 de enero de 2018.

La anterior diferenciación se realiza teniendo en cuenta que entre el 31 de agosto de 2013 y el 8 de octubre de 2013 trascurrieron más de 15 días, sin que la accionante prestara sus servicios continuos e ininterrumpidos con la accionada, tal como se colige de los contratos de prestación de servicios suscritos por los extremos procesales visibles en el CD obrante a folio 105 del plenario, por lo que de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado, a efectos de establecer la prescripción deberán estudiarse esos periodos de forma independiente.

Contratos suscritos entre el 13 de abril de 2011 al 31 de agosto de 2013

Así las cosas, se encuentra probado en el expediente que respecto al primer periodo (13 de abril de 2011 al 31 de agosto de 2013), la actora prestó sus servicios de forma constante y continua y que dicho sujeto procesal en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la accionada el 20 de febrero de 2018 (fl.3) en el cual solicitó la existencia de una relación laboral y en consecuencia el pago de las prestaciones sociales, es decir, que entre la terminación del último contrato de prestación de servicios y la presentación de la reclamación administrativa, trascurrieron más de 3 años, configurándose así, la prescripción extintiva del derecho a percibir el pago de prestaciones sociales.

En ese orden de ideas, atendiendo lo dispuesto por el Consejo de Estado, a pesar de la ocurrencia de la prescripción extintiva por el periodo comprendido entre 13 de abril de 2011 al 31 de agosto de 2013 y al estar probado que existió una relación laboral en aplicación del principio de la primacía de la realidad, la actora tiene derecho a que la demandada efectúe las cotizaciones al Sistema General de Pensiones atendiendo su carácter de imprescriptible y la connotación natural que tienen respecto a la expectativa de gozar una pensión de vejez.

Contratos suscritos entre el 8 de octubre de 2013 al 31 de enero de 2018

Sobre el segundo periodo, se resalta que la accionante prestó sus servicios de manera continua e ininterrumpida desde el periodo comprendido entre el 8 de octubre de 2013 al 31 de enero de 2018, fecha en que finalizó el último contrato de prestación de servicios de conformidad a los contratos obrantes en el expediente.

Así las cosas, se advierte que la actora en ejercicio del derecho de petición elevó reclamación ante la accionada el 20 de febrero de 2018 y que presentó demanda el 29 de junio de 2018, por lo cual queda plenamente demostrado que no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por la demandante para el periodo anotado, 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 auxiliares administrativos, Nivel Asistencial, Código 407, Grado 11 de la accionada, 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 y ejecutados entre el 8 de octubre de 2013 al 31 de enero de 2018.

En relación con la devolución de los dineros por concepto de aportes a la Seguridad Social en Pensiones el Despacho siguiendo la pauta jurisprudencia trazada por la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, ordenará que la demandada 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 sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora, por el periodo trabajado entre el 13 de abril de 2011 hasta el 31 de enero de 2018 (descontando los días de interrupción).

Respecto a la devolución de aportes en salud al sistema de seguridad social, acogiendo el criterio del Consejo de Estado⁵, corresponderá únicamente a cada periodo trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados entre el 8 de octubre de 2013 al 31 de enero de 2018, ya que para el lapso anterior, como se indicó, operó la prescripción trienal. Así, el ente demandado deberá pagar a la demandante la cuota parte correspondiente a los periodos, 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

⁵ 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).

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.

Ahora bien, en lo que respecta a las solicitudes de la actora a que: (i) se condene a la accionada al pago de los intereses moratorios correspondientes a un día de salario por cada día de retardo por el reconocimiento de las cesantías; (ii) La nivelación salarial solicitada respecto al salario devengado por las auxiliares administrativos y los honorarios percibidos por la actora y (iii) el pago de 20 salarios mínimos legales por concepto de daños morales, el Despacho se acoge lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia del 13 de agosto de 2018 en que se resaltó:

"Respecto de la sanción moratoria, debe indicarse que la misma se concibe como una sanción a cargo del empleador moroso en reconocer y pagar las cesantías al trabajador en la oportunidad fijada por la ley, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el reconocimiento y pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

En ese orden, para el caso bajo estudio no resulta procedente su reconocimiento y pago a partir de la ejecutoria del fallo que declara la existencia de la relación laboral como lo pretende la parte actora, por cuanto, la relación entre las partes se rituó bajo los designios de la Ley 80 de 1993 y solo a partir de la presente sentencia se genera la obligación a cargo de la entidad accionada de proceder en los términos de ley al reconocimiento de las cesantías, en consecuencia, al no acreditarse el presupuesto necesario para que se genere la sanción como es la mora, resulta improcedente su reconocimiento.

En ese sentido, solo a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, se determina la existencia de una verdadera relación laboral y en consecuencia, se hacen exigibles los derechos laborales y prestacionales para la demandante. En efecto, el derecho al reconocimiento de las cesantías solo es exigible después de la ejecutoria de la sentencia que así lo ordena y a la entidad solo le surge la obligación de pagarlos desde ese momento, luego la morosidad en el cumplimiento del pago de dicha prestación no puede contarse sino a partir de dicha fecha en que la administración tiene claridad acerca de la obligación que se reconoce judicialmente.

De otra parte, en lo concerniente a la nivelación de los honorarios de la accionante, señala la Sala que el valor pactado en cada contrato constituye el parámetro objetivo para el reconocimiento de los honorarios del contratista, ello atendiendo a que durante la vigencia del contrato de prestación de servicios imperó el principio de buena fe y el de pacta sunt servanda por lo que, deben

proveerse de seguridad jurídica la relación contractual que los rigió.
(Negrillas fuera de texto)⁶

En efecto, no hay lugar a ordenar el pago de la sanción moratoria por el no pago de cesantías, toda vez que hasta esta providencia la accionada no tenía la certeza que tenía que realizar ese pago, además que la relación aparente que existía con la accionada era contractual.

Tampoco se ordenará la nivelación salarial conforme a un empleado de planta, toda vez que en virtud de los principios de buena fé y *pacta sunt servanda*, los extremos procesales acordaron el valor objetivamente para la ejecución de las labores de auxiliar administrativo, pacto que es Ley para las partes y que debe ser dotado de seguridad jurídica.

Respecto a los perjuicios morales, dentro del plenario no se probó la ocasión de un daño o perjuicio en ocasión a la prestación de los servicios de forma disfrazada durante los 7 años de trabajo de la actora, distintos a las connotaciones laborales, cuyo restablecimiento se ordenara en la presente providencia, motivo por el cual el Despacho negara la indemnización solicitada.

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 una competencia compartida.

En consecuencia, el Despacho:

- (i) Decretará la nulidad del Oficio No. 201803510044391 del 1° de marzo de 2018, mediante el cual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales.
- (ii) Declarará que el tiempo laborado por la demandante como auxiliar administrativa bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 13 de agosto de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. dentro del proceso No. 81001233300020130011801 (0973-2016).

suscritos con la demandada, desde el 13 de abril de 2011 hasta el 31 de agosto de 2013, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

- (iii) Se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur – E.S.E. tomar (durante el tiempo comprendido entre el 13 de abril de 2011 y el 31 de enero de 2018, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) 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.
- (iv) Se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a cancelar a la demandante la cuota parte correspondiente a la cotización a salud por el periodo comprendido entre el 8 de octubre de 2013 hasta el 31 de enero de 2018.
- (v) Se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de prestaciones sociales, por haber operado la prescripción trienal en el periodo comprendido entre el 13 de abril de 2011 y el 31 de agosto de 2013.
- (vi) Se negará el pago de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cancelado por retenciones en la fuente, pólizas, nivelación salarial, primas extralegales y perjuicios morales solicitadas por la parte actora.
- (vii) Se reconocerá y pagará a la señora Jaymy Suarez Escobar, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.243.254, el valor de las prestaciones sociales que devenga un Auxiliar Administrativo, Nivel Asistencial, Código 407 Grado 11 de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., por los periodos comprendidos desde el 8 de octubre de 2013 hasta el 31 de enero de 2018, 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 a salud 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.

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. 201803510044391 del 1° de marzo de 2018, mediante el cual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el 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 E.S.E. tomar (durante el tiempo comprendido entre el 13 de abril de 2011 y el

31 de enero de 2018, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) 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, conforme lo expuesto.

TERCERO.- Condenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a cancelar a la demandante la cuota parte correspondiente a la cotización a salud por el periodo comprendido entre el 8 de octubre de 2013 hasta el 31 de enero de 2018, siempre y cuando la actora acredite que realizó el pago por ese concepto.

CUARTO.- Condenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a pagar a la señora Jaymy Suarez Escobar, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.243.254, el valor de las prestaciones sociales que devenga un Auxiliar Administrativo, Nivel Asistencial, Código 407 Grado 11 por los periodos comprendidos entre el 8 de octubre de 2013 hasta el 31 de enero de 2018, teniendo como asignación básica para su cálculo, el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados.

QUINTO.- Declarar probada la prescripción por el periodo comprendido entre el 13 de abril de 2011 y 31 de agosto de 2013 y por lo tanto negar el reconocimiento de prestaciones sociales por ese lapso, según lo expuesto

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

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

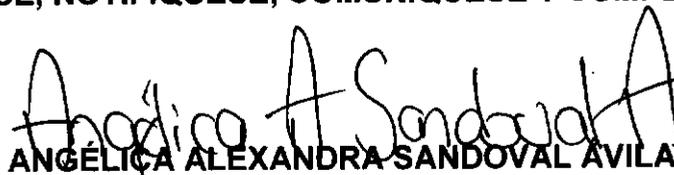
En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la 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.- Sin lugar a condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

S.A.

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

Hoy 15 de mayo de 2019 se notifica la providencia anterior por
anotación en el ESTADO No. 031.



DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario



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

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 11001-33-42-052-2018-00293-00
Demandante: GERARDO ANTONIO CELIS
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Reliquidación asignación de retiro.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Gerardo Antonio Celis a través de apoderado judicial en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

I. ANTECEDENTES

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

- Declare la nulidad del Oficio No. 201807508 del 24 abril de 2018 a través del cual la entidad accionada negó la reliquidación de la asignación de retiro.

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

- Reliquidar y pagar retroactivamente la asignación de retiro del actor en un 83% de lo que devenga un intendente jefe de la Policía Nacional, aplicando lo establecido en el Decreto 1091 de 1995, artículo 13, respecto a la forma de liquidación de las primas de servicio, vacaciones y navidad desde el 16 de julio de 2010 junto con los intereses e indexación correspondientes.
- Condenar al sujeto pasivo a reliquidar y pagar retroactivamente la asignación de retiro del demandante en un 83% de lo que devenga un intendente jefe de la Policía Nacional, aplicando lo establecido en el Decreto 4433 de 2004, artículo 42, respecto al reajuste anual de las primas de servicios, vacaciones,

navidad y subsidio de alimentación desde el 16 de julio de 2010 junto con los intereses e indexación correspondientes.

- Condenar a CASUR al pago efectivo entre lo adeudado y lo cancelado por concepto de asignación de retiro desde la fecha de efectividad de esa prestación hasta la cancelación de esa diferencia de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- Condenar al sujeto pasivo a dar cumplimiento a la sentencia según los términos de los artículos 192 y 195 ibídem.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls.16 a 22):

El demandante perteneció al nivel ejecutivo de la Policía Nacional por más de 23 años, por lo que adquirió su asignación de retiro bajo los parámetros de los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, en un 83% de lo devengado por un Intendente Jefe, cuyas partidas fueron liquidadas con los últimos haberes percibidos en la fecha de retiro, esto es en el 2010, sin embargo, solamente el sueldo básico y la prima de retorno a la experiencia han tenido variación de reajuste anual.

Adicionalmente refiere que tres de las partidas incluidas están erróneamente liquidadas, toda vez que el artículo 13 del Decreto 1091 de 1995 dispone que la prima de servicios incluye la asignación básica, la prima de retorno a la experiencia y el subsidio de alimentación, por lo que la duodécima parte corresponde a \$156.043 y la entidad la calculó en \$78.021,59.

Igualmente señala, que conforme a la norma en cita la prima de vacaciones debe incluir además de las partidas mencionadas, una doceava parte de la prima de servicios, las cuales debían ser tenidas en cuenta también para liquidar la prima de navidad, junto con la prima del nivel ejecutivo y una doceava parte de la prima de vacaciones, en consecuencia la duodécima parte que debió incluirse en la asignación de retiro correspondía a \$169.046,77 la de vacaciones y \$211.706,86 la de navidad, pero CASUR las liquidó en \$81.272,48 y en \$197.890,54 respectivamente.

De otra parte, argumenta que la entidad no ha dado cabal cumplimiento al principio de oscilación consagrado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, y que refiere que el reajuste de las prestaciones debe ser acorde con los aumentos de salarios y primas del servicio activo, ya que como se indicó antes solo dos de las partidas incluidas han sido reajustadas generando evidentes diferencias en su favor.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita el artículo 53 de la Constitución Política, Decreto 1091 de 1995, Decreto 4433 de 2004 y Ley 923 de 2004.

Afirmó el mandatario que el desconocimiento de la liquidación de la asignación de retiro con base en lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1091 de 1995 y el no reajuste de esa prestación pensional conforme al principio de oscilación, afecta la movilidad y reajuste de la asignación que percibe el actor, motivo por el cual al verse afectado la cuantía percibía por el actor debe declarare la nulidad del acto administrativo acusado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls.53 a 61).

El sujeto pasivo se pronunció frente a los hechos y pretensiones, respecto de las cuales indicó oponerse en su totalidad, básicamente por cuanto la asignación de retiro del actor fue reconocida con base en la legislación vigente al momento del retiro, esto es en aplicación de los Decretos invocados por el actor, correspondiéndole una asignación mensual del 83% del sueldo básico y las partidas computables. Igualmente se opuso a la condena en costas.

Para el efecto precisó que las partidas computables en la asignación de retiro se encuentran consagradas en el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, así como las bases de liquidación es consagran en el artículo 13, parámetros ratificados en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, sin que fuera procedente incluir partidas adicionales y teniendo en cuenta los últimos haberes percibidos da la fecha de retiro.

Acorde con lo anterior, formuló la excepción de mérito denominada "*INEXISTENCIA DEL DERECHO*" indicando los argumentos anteriores y señalando que la adquisición del derecho pensional del actor se produjo en vigencia de los Decretos citados por lo que no le asiste el derecho reclamado.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Encuentra el Despacho que los fundamentos de la defensa antes referida, no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la

finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto del 13 de marzo de 2019 (fl.96) se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

Los extremos procesales mediante memoriales del 14 y 18 de marzo de 2019 (fls.98 a 108), alegaron de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda y su contestación.

La Ministerio Publico guardo silencio.

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

I. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 23 de enero de 2019 (fls.74 a 79), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora a que sea reajustada la asignación de retiro con la reliquidación de las partidas computables prima de servicios, vacaciones y navidad según lo establecido en el Decreto 1091 de 2005?
- ¿Le asiste derecho al actor al reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta el principio de oscilación respecto a las primas de servicios, vacaciones, navidad y subsidio de alimentación en aplicación del Decreto 4433 de 2004?

ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 5 de abril de 2018, mediante el cual la parte actora solicitó el reajuste de su asignación de retiro conforme al *petitum* de la demanda (fls.3 a 7).
2. Oficio No. E-00003-201807508-CASUR ID: 319755 del 24 de abril de 2018, a través del cual la entidad demandada resolvió de manera negativa la petición mencionada en el numeral anterior (fl.10).
3. Hoja de servicios No. 79265178 correspondiente al demandante (fl.11).
4. Copia de la Resolución No. 3589 del 23 de junio de 2010, mediante la cual la entidad accionada reconoció asignación de retiro al actor a partir del 16 de julio de 2010 (fls.12-13).
5. Desprendible de la asignación que percibió el actor en marzo de 2018 (fl.14)
6. Liquidación de la asignación de retiro del actor (fl.91)
7. Certificaciones de los sueldos y emolumentos percibidos por el actor entre los meses de enero de 2010 y abril de 2010 (fls. 85 a 88).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

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

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

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

En virtud de lo anterior mediante el artículo 35 de la Ley 62 de 1993¹, se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para, entre otros efectos, modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, estos últimos respecto de quienes se indicó que se debía establecer un escalafón que permitiera mayor motivación y mejor preparación en función de "la experiencia, el buen desempeño y la educación, continuada, que se dará a través de cursos de actualización, evaluaciones periódicas y promociones al menos cada cinco años".

Con base en tales facultades, se expidió el Decreto 41 de 1994 "Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones", desarrollando el régimen de carrera del Nivel Ejecutivo, sin embargo, todas las disposiciones que hacían alusión a dicho nivel fueron declarados Inexequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-417-94 de 22 de septiembre de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 'por exceder el límite material fijado en la ley de facultades extraordinarias (62 de 1993)'.²

Así las cosas, se expidió la Ley 180 de 1995², en cuyo artículo 7º se facultó expresamente al Presidente de la República de para desarrollar Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional, y con base en tales facultades se promulgó el Decreto 1095 de 1995 "Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995".

- **Respecto de las partidas computables y la forma de liquidación**

El artículo 51 del mencionado Decreto 1095, estableció que "El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:"

Así, el artículo 49 consagra las siguientes partidas:

¹ Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República.

² Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes.

"Artículo 49. Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.

- a) Sueldo básico;
- b) Prima de retorno a la experiencia;
- c) Subsidio de Alimentación;
- d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;
- e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;
- f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales."

Por su parte, el artículo 13 de la misma normatividad, en relación con algunas de las partidas relacionadas previó:

"Artículo 13. Bases de liquidación primas de servicio, vacaciones y navidad. Las bases de liquidación serán:

- a) Prima de servicio: Asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia y subsidio de alimentación;
- b) Prima de Vacaciones: Asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación y una doceava parte de la prima de servicio;
- c) Prima de Navidad: Asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia, prima de nivel ejecutivo, subsidio de alimentación, una doceava parte de la prima de servicio y una doceava parte de la prima de vacaciones;"

Igualmente, con relación a la prima de retorno, el artículo 8º *ibídem*, para la fecha en que se retiró el accionante establecía:

"Artículo 8º. Prima de retorno a la experiencia. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a una prima mensual de retorno a la experiencia, que se liquidará de la siguiente forma:

- a) El uno por ciento (1%) del sueldo básico durante el primer año de servicio en el grado de intendente y el uno por ciento (1%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el siete por ciento (7%);
- b) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de subcomisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado sin sobrepasar el nueve punto cinco por ciento (9.5%);
- c) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de comisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el doce por ciento (12%)."

Ahora bien, como lo señaló el extremo pasivo, el Decreto 4433 de 2004³ ratifica las partidas computables para la prestación de retiro al señalar:

"Artículo 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

³ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

23.1.1 Sueldo básico.
(...)

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.."

No sobra referir que en éste último decreto, no se estableció modificación alguna frente a la manera en que se debían liquidar individualmente las partidas computables para la asignación de retiro.

- Respecto de los incrementos de las partidas de la asignación de retiro

Sobre el particular, el artículo 56 del Decreto 1091 de 1995 consagraba que *"Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.*

En igual sentido, se pronunció el legislador mediante el Decreto 4433 de 2004 al señalar que:

"Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente."

No sobra memorar que el aludido Decreto 4433, fue emitido por Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, *"Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política"*, norma que respecto del tema bajo estudio, como elemento mínimo dentro de tal régimen fijó que:

"3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo."

Bajo el anterior recuento normativo, se concluye que en efecto las asignaciones de retiro, entendidas de manera íntegra y no solo como algunas de las partidas que las componen, deben incrementarse anualmente en la misma proporción en que aumentan las asignaciones de quienes están en servicio activo, máxime si se tiene en cuenta que uno de los objetivos y criterios que gobiernan dicho régimen conforme a lo establecido en la Ley 923 en cita, es "2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas."

Sobre el tema *subexamine* se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, mediante sentencia del 23 de febrero de 2017, proferida dentro de la acción pública de nulidad que cursó bajo la radicación 11001-03-25-000-2010-00186-00(1316-10), en los siguientes términos:

"i) El principio de oscilación.

Para abordar este tema sea lo primero precisar que la asignación de retiro, de tiempo atrás, ha tenido una forma de actualización diferente a la que de manera general se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y trabajadores privados, sistema que se ha conocido como el principio de oscilación.

La oscilación plantea una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro y que en tal virtud gozan de una prestación, ya sea asignación de retiro o pensión de invalidez o los beneficiarios que reciben pensión de sobrevivientes.

Dicha relación de proporcionalidad se puede advertir desde la Ley 2.^a de 1945¹⁸, para el caso de los militares y del Decreto 2295 de 1954¹⁹ para la Policía Nacional, la cual continuó en las normas especiales de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales previstas en los Decretos 2338 del 3 de diciembre de 1971²⁰ (artículo 108²¹), 612 del 15 de marzo de 1977²² (artículo 139²³), 89 del 18 de enero de 1984²⁴ (artículo 161²⁵), 95 del 11 de enero de 1989 (artículo 164²⁶), para señalar algunos.

(...)

Posteriormente, la Ley 4.^a del 18 de mayo de 1992²⁹, en el artículo 13, ordenó al Gobierno Nacional determinar una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración que perciben tanto el personal activo como el retirado de la Fuerza Pública, con lo cual se advierte la voluntad de mantener el equilibrio de las prestaciones que se generan en retiro respecto de aquellas que se originan en actividad.

(...)

Luego, la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004³¹ en el artículo 3.13 consagró que las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública serían incrementadas en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones del personal en servicio activo, con lo cual se conservó la esencia del principio bajo estudio, tal y como lo hizo el artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de la misma anualidad³²."

Vale señalar que en tal providencia al Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa memoró algunas limitaciones que desde el punto de vista jurisprudencial ostenta el mencionado principio de oscilación, respecto de las cuales, para el caso bajo estudio resulta oportuno mencionar:

"El carácter de algunas prestaciones económicas: Tampoco puede predicarse este mecanismo de ajuste cuando se trata de primas vinculadas a la permanencia en el servicio y a la asunción de los riesgos que ello implica³⁴, como se indicó al referirse a la no inclusión de una prima sin carácter salarial para efectos de incrementar la asignación de retiro.

Tal enunciado alude a ciertas excepciones en virtud de las cuales el principio de oscilación no aplica para obtener la inclusión de algunas partidas o primas en la base de liquidación de la asignación de retiro, básicamente por cuanto el disfrute de las mismas depende de la permanencia en el servicio activo, y por tanto están llamadas a extinguirse en el momento del retiro.

Sin embargo, tal excepción o limitante no tiene afectación alguna respecto de las partidas que son computables para la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo cuyo incremento es objeto de análisis, pues de hecho el legislador decidió incluirlas en la base de liquidación, y no se advierte norma que restrinja la posibilidad de que aumente al paso del tiempo a efectos de mantener su valor adquisitivo.

CASO CONCRETO.

Conforme al material probatorio aportado al plenario y las alegaciones de la partes procesales, se advierte que a través de la Resolución No. 3589 del 23 de junio de 2010, le fue reconocida asignación de retiro al Intendente Jefe ® de la Policía Nacional, Gerardo Antonio Celis efectiva a partir del 16 de julio de 2010 (fl.12). Ahora, con base en ese hecho probado, el Juzgado entrara a resolver los interrogantes formulados en la fijación del litigio:

- Liquidación de las partidas computables

En primer término, el demandante pretende que se realice la reliquidación de la asignación de retiro que le fue reconocida, teniendo en cuenta para el efecto los presupuestos y parámetros de liquidación que establece el Decreto 1091 de 1995, concretamente al momento de calcular las primas de servicio, de vacaciones y de navidad que serían incluidas en la liquidación de tal prestación, teniendo en cuenta que en el artículo 13 dicha normatividad estableció:

"Artículo 13. Bases de liquidación primas de servicio, vacaciones y navidad. Las bases de liquidación serán:

- a) Prima de servicio: Asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia y subsidio de alimentación;*
- b) Prima de Vacaciones: Asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación y una doceava parte de la prima de servicio;*

c) Prima de Navidad: Asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia, prima de nivel ejecutivo, subsidio de alimentación, una doceava parte de la prima de servicio y una doceava parte de la prima de vacaciones;"

Acorde con lo anterior, procede el Despacho a realizar el cálculo pertinente a efectos de determinar si la entidad liquidó en debida forma la asignación de retiro reconocida, conforme a los parámetros de la normatividad analizada en el marco jurídico de esta providencia y teniendo en cuenta para ello el acervo probatorio recaudado, así:

SUELDO BASICO		\$ 1.714.372,00
PRIMA DE RETORNO A LA EXPERIENCIA		\$ 120.006,04
SUBSIDIO DE ALIMENTACION		\$ 38.140,00
DUODECIMA PARTE PRIMA DE SERVICIO		
CONCEPTO	VALOR	
Asignación básica mensual	\$ 1.714.372,00	
Prima de retorno a la experiencia	\$ 120.006,04	
Subsidio de alimentación	\$ 38.140,00	
SUBTOTAL	\$ 1.872.518,04	
Doceava parte	\$ 156.043,17	\$ 156.043,17
PRIMA DE VACACIONES		
CONCEPTO	VALOR	
Asignación básica mensual	\$ 1.714.372,00	
Prima de retorno a la experiencia	\$ 120.006,04	
Subsidio de alimentación	\$ 38.140,00	
Doceava parte de la prima de servicio	\$ 156.043,17	
SUBTOTAL	\$ 2.028.561,21	
Doceava parte	\$ 169.046,77	\$ 169.046,77
PRIMA DE NAVIDAD		
CONCEPTO	VALOR	
Asignación básica mensual	\$ 1.714.372,00	
Prima de retorno a la experiencia	\$ 120.006,04	
Prima del nivel ejecutivo	\$ 342.874,40	
Subsidio de alimentación	\$ 38.140,00	
Doceava parte de la prima de servicio	\$ 156.043,17	
Doceava parte de la prima de Vacaciones	\$ 169.046,77	
SUBTOTAL	\$ 2.540.482,38	
Doceava parte	\$ 211.706,86	\$ 211.706,86
TOTAL		\$ 2.409.314,84
		83%
		\$ 1.999.731,31

Así las cosas, conforme a los anteriores cálculos, el monto de la asignación de retiro reconocida al actor para julio de 2010, debió ascender a la suma de \$1.999.731.31, sin embargo, la entidad dispuso su pago con base en la liquidación que obra a folio 91 del plenario, mediante la cual se determinó tal prestación en la suma de \$1.887.667.00, resultando forzoso concluir que la misma no fue liquidada en debida forma y por tanto sí le asistía derecho al peticionario de que se accediera a la reliquidación solicitada, lo que de entrada impone la declaratoria de nulidad del acto administrativo objeto de litigio.

- **Principio de oscilación**

Resuelto el primero de los problemas jurídicos planteados en la fijación del litigio, procede el Despacho a analizar si la entidad ha dado cabal cumplimiento al principio de oscilación consagrado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 y para el efecto se realizará un cuadro comparativo entre la liquidación de la asignación de retiro que fue reconocida y pagada en el año 2010 (fl.91), frente a la que se liquidó para el año 2018 según la certificación visible a folio 14 del plenario, en los siguientes términos:

ASIGNACION DE RETIRO	2010	2018
Sueldo básico	\$ 1.748.660,00	\$ 2.428.664,00
Prima de retorno a la experiencia	\$ 122.406,00	\$ 170.000,00
Subsidio de alimentación	\$ 38.903,00	\$ 38.903,00
Duodécima parte prima de servicio	\$ 79.582,00	\$ 79.582,00
Duodécima parte prima de vacaciones	\$ 82.898,00	\$ 82.898,00
Duodécima parte prima de navidad	\$ 201.848,00	\$ 201.848,00
TOTAL	\$ 1.887.667,00	\$ 3.001.901,00

Analizado el anterior cuadro comparativo, se advierte con facilidad que si bien la asignación de retiro del actor ha tenido un incremento, lo que de alguna manera podría garantizar el principio de movilidad que debe imperar sobre este tipo de prestaciones, lo cierto es que ello solamente se ha dado respecto del sueldo básico y la prima de retorno a la experiencia, mientras que partidas como el subsidio de alimentación y las primas de servicio, de vacaciones y navidad, han mantenido el mismo valor sin modificación alguna pese a que han transcurrido 8 años entre una fecha y otra.

Decantado lo anterior, se colige que la manera en que la demandada CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA - CASUR ha venido calculando el incremento anual de tal asignación, que no sobra recordar ostenta el carácter de una prestación pensional, no da cumplimiento al principio de oscilación consagrado en el artículo 42 en cita.

Se arriba a la anterior conclusión, toda vez que dicha norma estipula el incremento que debe aplicarse a las pensiones y asignaciones de retiro en general, sin discriminar que sea sobre alguna de las partidas específicas, luego se infiere que no existe fundamento fáctico ni jurídico que justifique la posición de la entidad demandada en mantener inmóvil el valor de varias de ellas, desconociendo además el criterio y objetivo que al respecto fijó el artículo 2º (numeral 2.4) de la Ley 923 de

2004, atinente a "El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas."

Bajo tales perspectiva, establece este Estrado Judicial que la pretensiones del actor en tal sentido tienen vocación de prosperidad, toda vez que la entidad demandada debió aplicar los incrementos anuales a todas las partidas computables de la asignación de retiro del actor, en los mismos porcentajes y condiciones o parámetros que establece el Decreto 1091 de 1994 y el Gobierno Nacional para el personal activo.

Consecuente con las consideraciones precedentes, el Juzgado declarará la nulidad del Oficio No. E-00003-201807508-CASUR ID: 319755 del 24 de abril de 2018 y por ende, a título de restablecimiento del derecho ordenará a CASUR que proceda a reliquidar la asignación de retiro del señor GERARDO ANTONIO CELIS conforme a la correcta aplicación de los artículos 23 del Decreto 4433 de 2004 y 13 del Decreto 1091 de 1994, concretamente en cuanto al cálculo de la base de las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, atendiendo a lo expuesto en esta providencia, cuyos incrementos anuales posteriores deberán dar cabal cumplimiento al principio de oscilación y por tanto, deberán ser calculados sobre todas las partidas computables de la asignación de retiro, en los mismos porcentajes y condiciones o parámetros que establece el Decreto 1091 de 1994 y el Gobierno Nacional para el personal activo.

Ahora, a efectos de resolver sobre la operancia de la prescripción en lo que respecta a las pretensiones que hallaron prosperidad, vale precisar que el asunto debe analizarse bajo los presupuestos del Decreto 4433 de 2004 atendiendo a que la asignación de retiro que se revisa fue reconocida en abril de 2010.

Para ello, tenemos que al actor le fue reconocida asignación de retiro a partir del 16 de julio de 2010 (fl.10) y posteriormente elevo petición ante la entidad accionada el 5 de abril de 2018 interrumpiendo así el término prescriptivo que había operado hasta el 5 de abril de 2015, en consecuencia la mesadas que serán objeto de reajuste, son las causadas a partir de tal fecha, toda vez, que en aplicación a la prescripción trienal las mesadas anteriores se encuentran prescritas.

La entidad deberá liquidar las diferencias entre lo dejado de pagar y lo efectivamente cancelado año a año, y las resultantes, serán indexadas, 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 demandante por concepto de incremento de su asignación de retiro, 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.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, advirtiéndose que dicha condena es ejecutable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa 10 meses después de su ejecutoria conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

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

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

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad del Oficio No. E-00003-201807508-CASUR ID: 319755 del 24 de abril de 2018, emitido por la entidad accionada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condenar a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA - CASUR, que proceda a reliquidar la asignación de retiro del señor GERARDO ANTONIO CELIS identificado con la C.C. 79.265.178, conforme a la correcta aplicación de los artículos 23 del Decreto 4433 de 2004 y 13 del Decreto 1091 de 1994, concretamente en cuanto al cálculo de la base de las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, atendiendo a lo expuesto en esta providencia y cuyos incrementos anuales posteriores deberán dar cabal cumplimiento al principio de oscilación y por tanto, deberán ser calculados sobre todas las partidas computables de la asignación de retiro, en los mismos porcentajes y condiciones o parámetros que establece el Decreto 1091 de 1994 y el Gobierno Nacional para el personal activo.

TERCERO: Reliquidar y pagar los valores de las diferencias resultantes del reajuste de las mesadas de la asignación de retiro que disfruta el sujeto activo, desde el 5 de abril de 2015 por prescripción trienal, sumas que serán actualizadas conforme a los señalado en la parte motiva de esta providencia, esto es con la fórmula:

$$R = R.H. * (\text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL})$$

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

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

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte demandante, copia auténtica del fallo de primera instancia con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo. 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.

De esta decisión las partes y el Ministerio Público quedan notificadas en ESTRADOS de conformidad con lo previsto en el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

S.A


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

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

Hoy quince (15) de mayo de 2019 se notifica el auto anterior por
anotación en el ESTADO No. 31.



DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario