TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2018 - 1248

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2°) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

Magistrado
LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "A"
E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 25000234000201801248OO
DEMANDADO: LA NACIÓN- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
DEMANDANTE: MARIO GALOFRE CANO
ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

ANNIE JULIETH RODRÍGUEZ NÚÑEZ, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderada del Ministerio de Relaciones Exteriores de conformidad al poder conferido por el Doctor **JOSE VICENTE CIFUENTES SALAZAR**, en su calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro del término legal me dirijo a su Despacho para presentar la contestación de la demanda de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

FRENTE A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, considerando que para el caso de la Entidad que represento, carecen de todo fundamento. A continuación, sustento la oposición, de la siguiente manera:

A LA PRIMERA:

"PRIMERA "Que se declare la Nulidad del Oficio S-DITH-17-097958 del 01 de diciembre de 2017. Suscrito por la Directora de Talento Humano del MRE, el cual negó la reliquidación y pago de las cesantías y demás acreencias laborales a que tenía derecho mi poderdante por el tiempo que laboró en el servicio exterior con dicha entidad, por haber desconocido el debido proceso legal y desconocer las normas en que el mismo debió fundarse".

Me opongo a que prospere, el acto administrativo fue proferido por la autoridad competente guardando los parámetros presunción de legalidad y respetando el debido proceso legal y sin desconocer las normas en que se funda; asimismo, teniendo en cuenta la liquidación y pago del auxilio de cesantías y demás prestaciones a que tenía derecho el actor, se efectuaron conforme con las normas especiales que se encontraban vigentes al momento de realizar las liquidaciones de las prestaciones sociales.

A LA SEGUNDA:

"SEGUNDA: Como consecuencia de la pretensión anterior y a título de restablecimiento del derecho, que se ordene al MRE reconocer, reliquidar y pagar a Mi PODERDANTE las cesantías y pensión a que tenía derecho por el tiempo que laboró para el MRE del 18 de octubre de 1994 hasta el 3 de junio de 2000, como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, grado ocupacional 7EX de la embajada de Colombia ante el gobierno de Brasil."

Me opongo a que prospere, de conformidad con lo sucesivo:

- Respecto de la reliquidación de auxilio de cesantías, se debe precisar en primer lugar, que el reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantías se efectuó de conformidad con las normas especiales que regularon la materia frente a los funcionarios del servicio exterior y dentro del término establecido por la norma vigente para la época de los hechos, y en segundo lugar, por cuanto es evidente que sobre las mismas ha operado, en el presente caso, la prescripción del derecho, pues se advierte que desde la desvinculación del demandante, esto es, el 3 de junio del 2000 a la fecha han transcurrido más de 20 años.

  De igual manera, se evidencia que el señor Galofre efectuó retiro sus cesantías el 11 de marzo de 2008, hecho que demuestra el pleno conocimiento de los aportes efectuados por la Entidad, por mencionado concepto.

- Respecto de la reliquidación de aportes a pensiones, me opongo a que prospere, por cuanto los aportes pensionales se realizaron de conformidad con las normas especiales que regularon la materia frente a los funcionarios del servicio exterior para la época en que el demandante laboró en la planta externa del Ministerio; y por las razones de hecho y de derecho que expondré más adelante.

  La solicitud planteada por el apoderado del demandante es errada, ya que, este debe pedir la transferencia al ente administrador de pensiones, al que se encuentra afiliado el demandante por el periodo en que laboró en planta externa de la entidad, en ese orden de ideas el derecho que eventualmente, pudiera nacer de la prosperidad de esta pretensión en el sentido en que lo plantea la parte actora, estaría afectado por un fenómeno prescriptivo, dado que los efectos de tal pedimento como está redactado en el texto de la demanda, no permite hacer una inferencia distinta y esta pretensión redundarían en un provecho suyo, mas no en el derecho que su pensión de jubilación o de vejez, según el caso, sea reconocida y liquidada de manera correcta, y girada a la entidad encargada de administrar la pensión.

A LA TERCERA:

"TERCERO. Como consecuencia de la pretensión primera y a título de restablecimiento del derecho, que se reconozca de acuerdo el art 14 del decreto 162 de 1.969, un interés moratorio mensual del dos por ciento (2%) sobre las sumas que se generen por la reliquidación de las prestaciones sociales dejadas de percibir en su momento por MI PODERDANTE".

Me opongo a que prospere, por cuanto NO ES CIERTO lo afirmado por el demandante, pues el reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantías y demás prestaciones sociales al señor Galofre Cano se efectuaron de conformidad con las normas especiales que regularon la materia y dentro del término establecido por la norma vigente para la época de los hechos.

Igualmente, como se mencionó precedentemente, en el caso que nos ocupa ha operado fenómeno jurídico de prescripción del derecho, en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de interés alguno. Adicionalmente, lo que se sanciona con el interés moratorio es la negligencia de la entidad en efectuar los trámites tendientes a la satisfacción de la obligación, lo que no ocurrió en este caso. Mi representado nunca faltó a sus obligaciones en calidad de empleador del demandante, ni actuó de mala fe.

A LA CUARTA:

"CUARTO Que las sumas que resulten a favor de mi mandante sean indexadas, es decir actualizadas en su valor, hasta la fecha en que efectivamente sea realizado el pago"

Me opongo a que prospere, por cuanto el auxilio de cesantías y demás prestaciones sociales, fueron liquidadas y pagadas conforme a las normas que se encontraban vigentes para la fecha en que fueron realizadas y además en el presente caso operó la prescripción extintiva contada a partir de la desvinculación del señor Mario Galofre Cano; en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la indexación.

Cabe destacar que el reconocimiento de indexación es incompatible con el de intereses moratorios, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto expuesto por el Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez, con radicado 2106 del 9 de agosto de 2012, recordó que los intereses moratorios consagrados en el artículo 177 del anterior Código Contencioso Administrativo corresponden a la devaluación del dinero; razón por la cual su reconocimiento es incompatible con el de la indexación.

FRENTE A LA QUINTA:

"Que se condene a la demandada al pago de las costas procesales, incluidas las agencias en derecho"

Me sustraigo de realizar pronunciamiento alguno en torno a esta pretensión, por cuanto me atengo a la decisión del Juez.

FRENTE A LOS HECHOS Y OMISIONES

1. *"Mi poderdante trabajó para el MRE del 18 de octubre de 1994 al 3 de julio de 2000, como Embajador Extraordinario y plenipotenciario, grado ocupacional 7EX de la embajada de Colombia ante el gobierno de Brasil. Periodo en el que el MRE realizó la liquidación y pago de las cesantías con base en la figura que denominó " salario equivalente en planta interna",* omitiendo hacer la liquidación de forma correcta con base en el salario realmente devengado. Su último salario para dicho periodo fue de DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS UN PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE. ($258.701.87) *".*

Es cierto. Reposa en sus antecedentes laborales, que el demandante estuvo vinculado al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 18 de octubre de 1994 hasta el 2 de julio del 2000 en el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, grado ocupacional 7EX ante el Gobierno de la República Federativa de Brasil.

Mi prohijada no liquidó y pagó las prestaciones sociales del demandante "Por decisión propia", sino, teniendo en cuenta la figura de orden legal de la equivalencia en cargos para efectos de la liquidación y pago de algunas prestaciones sociales contenida en el Decreto 2016 de 1968 y el Decreto Ley 10 de 1992, normas que se encontraban vigentes durante el tiempo de la relación laboral entre el demandante y el Ministerio de Relaciones Exteriores, las cuales debían ser observadas por la entidad en virtud de principio de legalidad, Así las cosas, la citada equivalencia no obedeció a decisiones inconsultas de mi prohijada sino al acatamiento a la ley vigente en su momento.

De manera que, ante tal circunstancia, el Ministerio de Relaciones Exteriores se regía por disposiciones que reglaban la circunstancia de la liquidación de las prestaciones de los funcionarios que prestaban sus

servicios en la planta externa de la Entidad, sujetándose a las normas especiales que para el caso existían.

*"Acorde con el Decreto 3118 de 1968, las cesantías de los funcionarios públicos, como fue **MI PODERDANTE** del MRE durante los periodos señalados en el antecedente No. 1, debían consignarse en el FNA después de surtir los trámites legales, como la expedición del acto administrativo de liquidación de prestaciones, que el mismo fuera notificado al funcionario, que se enunciaran los recursos de ley, entre otras".*

No es un hecho, es una interpretación del decreto mencionado que no describe ningún hecho, adicionalmente, en el caso que nos ocupa el Ministerio de Relaciones Exteriores liquidó, y pago las cesantías al demandante cumpliendo con las normas legales vigentes para la época de los hechos.

2. *"Durante los periodos en que MI PODERDANTE laboró en el MRE, la entidad, por decisión propia, liquidó las prestaciones sociales de mi mandante acudiendo a una figura que denominó "salario equivalente de planta interna", es decir, tomó un salario base inferior al realmente devengado en su cargo para la liquidación y pago inconsulto de las mismas".*

No es cierto, Mi prohijada no liquidó y pagó las prestaciones sociales del demandante "Por decisión propia", sino, teniendo en cuenta la figura de orden legal de la equivalencia en cargos para efectos de la liquidación y pago de algunas prestaciones sociales contenida en el Decreto 2016 de 1968 y el Decreto Ley 10 de 1992, normas que se encontraban vigentes durante el tiempo de la relación laboral entre el demandante y el Ministerio de Relaciones Exteriores, las cuales debían ser observadas por la entidad en virtud de principio de legalidad, Así las cosas, la citada equivalencia no obedeció a decisiones inconsultas de mi prohijada sino al acatamiento a la ley vigente en su momento.

De manera que, ante tal circunstancia, el Ministerio de Relaciones Exteriores se regía por disposiciones que reglaban la circunstancia de la liquidación de las prestaciones de los funcionarios que prestaban sus servicios en la planta externa de la Entidad, sujetándose a las normas especiales que para el caso existían.

3. *"Como agravante de lo anterior, **MI PODERDANTE** nunca recibió, mientras estuvo vinculado con el MRE o después de salir de la misma, notificación de la expedición de algún acto administrativo, periódico o definitivo, que evidenciara el ejercicio de liquidación que se había usado por la entidad para el cálculo de sus prestaciones sociales, los recursos que procedían contra el mismo, entre otros requisitos del acto acorde con el Decreto 3118 de 1968. Es así como **MI PODERDANTE** nunca pudo ejercer acción, cuestionamiento o siquiera aprehensión del contenido del acto administrativo de liquidación de prestaciones sociales que se estaba realizando en su caso".*

No es cierto, consta en el expediente que mi prohijada notificó al demandante las liquidaciones de cesantías de los periodos en los cuales laboró en la planta externa del Ministerio; además, se realizó la notificación de las cesantías definitivas de los periodos trabajados. Aunado a lo anterior, el señor MARIO GALOFRE CANO, presentó una carta en la cual autorizó al señor ALEXANDER GONZALEZ CHAPETON, con cédula de ciudadanía No. 79.839.621 para retirar el formulario correspondiente al retiro de sus cesantías y realizó el retiro de sus cesantías el día 11 de marzo de 2008, como se puede verificar en el expediente. Así, es claro que el demandante conocía el valor de las cesantías desde hace más de veinte años, ya sea por las notificaciones realizadas o por conducta concluyente al realizar un retiro de las mismas, de manera que al conocer los valores hoy en día debatidos, tuvo oportunidad para controvertirlas.

4. *Ante la falta de información al respecto, MI PODERDANTE haciendo uso del derecho de petición, radicó el 31 de octubre de 2017 ante el MRE una solicitud para que se le entregara copia de los actos administrativos de liquidación realizados durante el tiempo que estuvo vinculado a la entidad, de la misma forma solicitó prueba de la notificación de los mismos, que se evidenciara el ejercicio de liquidación realizado y en caso que nada de esto se hubiera hecho que se procediera al reconocimiento, reliquidación y pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho con base en su salario realmente devengado. (Anexo. 3)*

Es cierto: En la fecha 3 de noviembre de 2017 dando alcance a solicitud presentada se da respuesta a lo relacionado con la liquidación del valor correspondiente al auxilio de cesantías del actor en su condición de funcionario del Servicio exterior, por el tiempo comprendido entre el 18 de octubre de 1994 hasta el 3 de julio del 2000, al respecto informo que el artículo 57 del Decreto Ley 10 de 1992 rigió desde enero 3 del mismo año lo cual evidencia que la legislación fue aplicable para la época en que el señor Galofre prestó el servicio en la Entidad.

5. *"A través de la Dirección de Talento Humano, el MRE, respondió mediante el Oficio S-DITH-17-097958 del 1 de diciembre de 2017, (Anexo. 4) en este:*

- *No entregó copia de los actos administrativos que evidenciaran las liquidaciones año por año y la liquidación final de las cesantías con base en el salario realmente devengado por los periodos de servicios prestados por MI PODERDANTE.*
- *No entregó copia de la notificación, o diligencias realizadas para hacer la misma, de los actos administrativos antes solicitados*
- *Se abstuvo de reliquidar las prestaciones sociales de mi poderdante, argumentando que el pago de las mismas se hizo con base en la normatividad vigente en la época de los hechos.*
- *No hizo entrega del certificado de factores salariales en el que se solicitaba especificar el salario básico realmente devengado, divisa, tasa de cambio, conversión a pesos colombianos y salario equivalente en planta interna con el que fueron liquidadas las prestaciones sociales.*
- *Sí entregó copia de los siguientes documentos: a) Certificado GNPS No. 0567 del 3 de noviembre de 2017, deposito en FNA de cesantías con salario de planta interna; b) certificados de información laboral para bonos pensionales y pensiones y certificados de salarios mes a mes, GAPTH-0778-BP, GAPTH-0777-BP del 10 de noviembre de 2017.*

Es parcialmente cierto, por cuanto a la respuesta mediante el Oficio S-DITH-17-097958 se anexaron las copias de las liquidaciones de cesantías correspondientes a los siguientes años: 1994 2000 y 2005 a 2008. Así como las liquidaciones de cesantías definitivas.

Ahora bien, se negó la petición de reliquidar las prestaciones sociales del demandante por cuanto el auxilio de cesantías y demás prestaciones sociales, fueron liquidadas y pagadas conforme a las normas que se encontraban vigentes para la fecha en que fueron realizadas

6. *Por no haber recibido una respuesta clara sobre las pretensiones formuladas, MI PODERDANTE ha decidió presentar solicitud de conciliación prejudicial ante la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN para buscar un acuerdo conciliatorio sobre las mismas, o para que se declare agotado el requisito de procedibilidad que demanda el C.P.A.C.A. y se pueda buscar la nulidad del Oficio S-DITH-17-097958 del 1 de diciembre de 2017 de acuerdo con el art 138 del C.P.A.C.A (Anexo. 5)*

Es parcialmente cierto. Es necesario precisar que la respuesta sobre las pretensiones formuladas fue clara.

7. *El 1 de junio de 2018, se celebró ante la Procuraduría 6 Judicial II para Asuntos Administrativos la audiencia de conciliación prejudicial convocada por mi poderdante, en esta no se llegó a ningún acuerdo por las pretensiones formuladas, ante esta negativa se expidió el certificado de agotamiento del requisito de procedibilidad para poder acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa.*

Es cierto, El día 18 de junio de 2018, se celebró audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio.

HECHOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

AL CAPÍTULO DE LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN. NORMAS VIOLADAS.

De rango legal:

Decreto 3118 de 1968

Sentencia C 535 de 2005

Frente a este punto cabe señalar que los pagos de cesantías objeto de la demanda se realizaron legal y oportunamente con base en lo establecido en el Decreto 10 de 1992, que estaba vigente al momento en que se realizaron los traslados de cesantías del actor. El citado Decreto sólo fue declarado inexequible mediante sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, sin habérsele dado efectos retroactivos al citado fallo.

En este orden de ideas, no tiene fundamento la impugnación en cuanto se pretende que el Ministerio de Relaciones Exteriores, al momento de realizar los pagos de auxilio de cesantías del accionante, se hubiera sustraído del cumplimiento de la legislación especial vigente en materia prestacional aplicable para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, que dicho sea de paso por su naturaleza se erigía como de orden público y consiguientemente de obligatorio cumplimiento.

Así mismo, en lo concerniente con la liquidación y pago de los aportes pensionales, es preciso indicar que los aportes girados para todos los funcionarios del Ministerio tanto de planta interna como de la externa, desde la entrada en vigencia de la Ley 6 de 1945 hasta el día antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, con ocasión del tiempo laborado en la Planta Externa de este Ministerio, fueron pagados a la Caja Nacional de Previsión Social con base en lo señalado en las normas descritas, esto es, girando el 5%, de los gastos de funcionamiento de la Entidad Pública, junto con el impuesto de timbre a que hubiera lugar y las cuotas de afiliación respectivas, sin discriminar el valor de los aportes mensuales por a cada funcionario en particular, pues no existían las cotizaciones las cuales nacen con la expedición de la Ley 100 de 1993 junto con el cambio del sistema asistencial de la protección social al sistema de aseguramiento individual de la seguridad social integral.

Así las cosas, los aportes pensionales, hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, fueron realizados de acuerdo a los porcentajes establecidos por la normativa, sin aplicar las equivalencias sobre los salarios, atendiendo las normas especiales que regían a todos los servidores públicos del orden nacional, es decir, no se hacían distinciones entre funcionarios de la planta externa y de la planta interna, toda vez que el pago se realizaba por la planta global del Ministerio, el 5% del presupuesto de funcionamiento a cargo del empleador y el 5% a cargo de cada trabajador teniendo en cuenta el salario percibido, ya fuera en divisas o en pesos, después en el año 1983, dicho porcentaje a cargo del empleador aumentó al 8%.

DECRETO 3118/68, No tiene ningún tipo de sustento jurídico la censura en este aspecto, pues parte del desconocimiento que pretende hacer el actor de la normatividad especial vigente para los funcionarios que prestaban sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Se olvida en este punto que la norma especial prevalece sobre la general y obviamente las normas especiales del servicio exterior son de aplicación preferente. Desconoce la parte actora que en virtud a la especialidad del servicio exterior es que los salarios de los funcionarios de planta externa pueden sobrepasar al jefe de la entidad, cancelarse en moneda extranjera y frente a ellos operó, por voluntad del legislador, el pago de prestaciones sociales con base en la asignación mensual del cargo equivalente en planta interna.

Es decir, si el demandante pretendía dar aplicación a las normas generales en el servicio exterior, obviamente tendría que aplicar el sistema de manera íntegra, es decir, cancelando los salarios en pesos y no en moneda extranjera, ubicando los salarios dentro del rango establecido para todos los servidores públicos y no pudiendo cancelar salarios que superaran el del jefe de la entidad. Este hecho impediría, en muchos casos, a los funcionarios diplomáticos y consulares representar de una manera digna al país.

Por tanto, es inaceptable la censura en cuanto reclama que un grupo de funcionarios, los que prestan su servicio en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se les aplique la parte favorable de su régimen especial y la parte favorable del régimen general de los demás servidores públicos.

Por otro lado, es importante señalar que el Ministerio de Relaciones Exteriores carece de competencia para para efectuar reliquidación pensional, pues esta es una labor exclusiva del Fondo de Pensiones.

EXCEPCIONES PREVIAS Y DE MÉRITO

1. CADUCIDAD

Refiriéndose a la caducidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

> *"La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que, si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la Ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusas algunas para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar al Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la Ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado.*
>
> *Bajo estos parámetros es forzoso concluir que la caducidad de la acción no puede dejarse de lado para en su lugar emitir un pronunciamiento de fondo, pues, no obstante, encontrarse dentro del procedimiento contencioso administrativo se constituye en un elemento esencial del mismo que de presentarse impide el fallo sobre el fondo de la controversia."*[1]

El término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos es de 4 meses contados a partir del día siguiente a su publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto administrativo, de conformidad con lo establecido por el artículo 164 numeral 2 literal "d" del C.P.A.C.A.

La citada norma permite realizar el análisis de la caducidad en varios eventos:

- ✓ **Caducidad desde la notificación de los actos administrativos de liquidación anual de cesantías.**

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de marzo de 2010. M.P.: RAMÍREZ DE PAÉZ, Bertha Lucía.

Para el caso en concreto, se tiene también que los actos administrativos de liquidación de cesantías de los períodos comprendidos entre el 18 de octubre de 1994 al 3 de junio de 2000, fueron debidamente notificados al señor **Mario Galofre Cano**, quien firmó a conformidad y posterior a su notificación no elevó ninguna reclamación a esta entidad, tampoco instauró en el momento procesal oportuno demanda en contra de este Ministerio; así las cosas, se encuentra debidamente probado que el derecho de reclamación del actor respecto de los periodos mencionados feneció inexorablemente y no puede el actor a través de un Derecho de Petición, pretender revivir términos sobre un derecho ya caducado.

- ✓ **Caducidad desde la ejecución de los actos administrativos de liquidación anual de cesantías.**

Ahora bien, en el evento que se le resten efectos a la notificación de las liquidaciones de cesantías, el mencionado artículo 164 del C.P.A.C.A. reproduce otros supuestos de hecho por medio de los cuales puede empezarse a contar el término de caducidad, esto es, entre otros, **A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE AL MOMENTO DE LA EJECUCIÓN DE ESTOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**, para el evento en que la administración no otorgue la oportunidad de ejercer los recursos existentes y los ejecuta respecto del administrado, pues es obvio que a partir de tal ejecución el interesado adquiere cabal conocimiento de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento pretende por la vía jurisdiccional[2].

Es de anotar que el Ministerio de Relaciones Exteriores afilió al demandante al Fondo Nacional del Ahorro y allí giró las cesantías correspondientes a los años que se impugnan y pretenden su reliquidación, lo cual conlleva a deducir que estamos frente a una clara ejecución de actos administrativos, con lo cual, el término de caducidad de cada uno de los actos administrativos que liquidaron anualmente las cesantías materia de la controversia debió haberse empezado a contar desde el preciso momento en que se hizo efectivo el pago respectivo, con lo cual se deduce que, si se solicitó retiro de las cesantías materia de controversia, es claro que para el momento en el cual se presentó la demanda, éstos ya habían caducado.

La misma providencia señalada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se surtió ante el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. José María Armenta Fuentes, Rad. No. 25000-23-42-000-2012-00921-00. Demandante: Gloria Alicia Páez Herrera – Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores.

En sentencia de primera instancia del 11 de diciembre de 2013, señaló:

> *"(...) Según lo expresado por el Consejo de Estado y el artículo 164 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no es únicamente a partir de la notificación de los actos administrativos que comienza a correr el término de caducidad, en la norma citada se puede apreciar que esta trae consigo otros supuestos de hecho por medio de los cuales puede empezar a contarse el término de caducidad, a saber, a partir del día siguiente de la ejecución del acto administrativo, esto para el evento en que la administración no otorgue la oportunidad de ejercer recursos, no comunique o no notifique.*
>
> *En el presente caso dentro del material probatorio queda demostrado que el Ministerio de Relaciones Exteriores afilió a la señora Gloria Alicia Páez Herrera al Fondo Nacional del Ahorro y allí consignó y pago las cesantías correspondientes a los años reclamados. De lo anterior se puede establecer que los actos administrativos quedaron ejecutados desde el preciso momento en que se efectuó el pago respectivo por concepto de cesantías a favor de la demandante, con lo cual se deduce, que al momento de la presentación de la demanda ya había caducado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (...)"*

---

[2] CHAVARRO COLPAS, Roberto Mario. La Caducidad en las Acciones Contenciosas Administrativas. Editorial Leyer, Bogotá D.C., Colombia, 2010, pag. 55.

Dicho en otras palabras, en el presente caso hubo diligencia de la entidad, en contra posición a que hubo negligencia del actor, quien 20 años después, pretende discutir una prestación que fue liquidada en estricto cumplimiento a lo señalado en la norma que se encontraba vigente para la fecha en que se realizaron cada una de las liquidaciones de las cesantías reclamadas, esto es, de conformidad con el artículo 76 del Decreto 2016 de 1968 y artículo 57 del Decreto 10 de 1992 correspondiente a cada uno de los períodos liquidados. En este sentido, solicito de manera respetuosa que se acojan los fundamentos expuestos en la presente excepción y se declare que en el presente caso se encuentra probada la excepción de caducidad de la acción.

2. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO EN CABEZA DEL DEMANDANTE PARA RECLAMAR LA RELIQUIDACIÓN DE SUS CESANTÍAS

2.1 PRESCRIPCIÓN CONTADA A PARTIR DE SU DESVINCULACIÓN O RETIRO DEL SERVICIO DEL FUNCIONARIO

El auxilio de cesantía constituye una obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador, cuya finalidad es amparar a este último en caso de pérdida del empleo y cuya naturaleza, aun cuando su liquidación debe efectuarse anualmente, es la de una prestación unitaria por oposición a las prestaciones periódicas, criterio que se apoya en pautas jurisprudenciales del H. Consejo de Estado[3] que ha considerado:

> *"La cesantía no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente; es prestación unitaria y cuando como en este caso se obtiene en forma definitiva por retiro del servicio, el acto que la reconoce pone fin a la situación si queda en firme. La cesantía debe pagarse al empleado al momento de su desvinculación laboral y excepcionalmente antes de esta, cuando se den las causales específicas de pago parcial* (...)".

Guarda armonía con lo señalado, en lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969, donde se establece que las acciones que emanen de los derechos consagrados en la norma citada, entre ellas las cesantías y demás derechos laborales de los funcionarios del Estado, prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

De igual manera, se estima que no pueden existir obligaciones perpetuas, pues se iría en contra de la paz social y la seguridad jurídica al no fijarse límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales. Así lo ha entendido la Corte Constitucional al señalar que incluso *"reclamaciones concretas provenientes del ejercicio de un derecho constitucional pueden estar sujetas a prescripciones legales, sin que ello vulnere el derecho constitucional"* (Destacado fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior, se aclara que incluso, frente a una reclamación válida como lo es la solicitud de reliquidación del auxilio de cesantías, como una prestación social del trabajador, se debe empezar a contar el término prescriptivo, así las cosas, se relacionan a continuación las sentencias proferidas en materia de cesantías:

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN EN MATERÍA DE CESANTIAS

- **Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, Sentencia de Unificación del 18 de mayo de 2016. Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No 2010-00246.**

PRESCRIPCIÓN TRIENAL.

Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 "que disponen: "Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Contempla el mismo artículo que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, sólo por un lapso igual.

Retornando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que, a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerrequisito de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad. (...)" (Subrayado fuera del texto).

- **Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en segunda instancia conoció el Consejo de Estado – Sección Segunda – C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. No. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). Demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo. Demandando: Municipio de Soledad (Atlántico). En Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016 definió la siguiente tesis con relación a la prescripción de las cesantías.**

"(...) *Bajo el régimen retroactivo, la liquidación se realizaba en forma definitiva solo hasta la terminación del vínculo laboral, por ende, durante esa relación, no había lugar a declarar la extinción del derecho y era liquidado y pagado en forma definitiva al momento de finiquitar la relación laboral.*

Ahora bien, con la modificación que surgió con el cambio de liquidación de esa prestación, a ser realizada en forma anual, al empleador le corresponde liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre, y efectuar la consignación de las sumas producto de esa liquidación en el fondo que el empleado elija, a más tardar, el 15 de febrero del año siguiente[4]*. A partir de ese momento, las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado, pues son destinadas a la cuenta individual que a nombre del empleado se ha creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido.*

Tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un "ahorro" en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley[5]*, será retirado al momento en que quede cesante.*

El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se

[4] Artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990.
[5] Según las cuales se pueden hacer retiros parciales, con destino a compra o remodelación de vivienda, educación, entre otros.

puede afirmar que pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo.

Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador.

Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor.

En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno" *(negrilla fuera del texto).*

Igualmente, el Consejo de Estado también se ha pronunciado en cuanto a la prescripción en materia de cesantías así:

- -Acción de tutela contra el fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "F", el cual mediante providencia del 17 de noviembre de 2016 revocó la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que en materia de cesantías que interpuso la señora Teresita García Romero contra la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores. El Consejo de Estado- Sección Segunda- Subsección B, en providencia del 28 de junio de 2017 dentro de la radicación 11001031500020170129300, sobre la prescripción del auxilio de cesantías señaló:

"(...) Para dirimir la controversia planteada, resulta pertinente precisar que si bien la parte actora sustenta su reclamo constitucional en el desconocimiento del precedente de unificación emitido por esta corporación judicial en casos de reclamo de cesantías, en especial lo relacionado con el fenómeno prescriptivo, por el contrario, no se puede omitir que en el sub lite se entiende que la decisión judicial proferida por la subsección F de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encuentra acorde con el criterio fijado por el Consejo de Estado como órgano de cierre de lo contencioso-administrativo.

Al respecto, debe recordarse, que la citada sentencia de unificación estableció que el reclamo de ***las cesantías definitivas está sometido al fenómeno prescriptivo****, situación que ocurre en el caso particular de la señora Teresita García Romero, pues pretende cuestionar la liquidación de sus cesantías definitivas después de que terminara su relación laboral en dos ocasiones, en el 2001 y 2007. En este orden de ideas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca explicó las*

razones por las que consideraba aplicable el criterio fijado por el Consejo de Estado en estos asuntos al sostener que:

« [...] Teniendo en cuenta la sentencia de la H. Corte Constitucional C-535 de 2005 debe entenderse que la liquidación de cesantías de los servidores públicos del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, como lo era la demandante, se debe realizar con base en el salario realmente devengado, atendiendo al principio de primacía de la realidad laboral sobre las formalidades, y no sobre un salario inferior al que realmente no tiene ninguna equivalencia.

[...]

Finalmente, en lo que respecta a la prescripción trienal es preciso resaltar que conforme lo señaló el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada in extenso, en cuanto al tema de las cesantías en este caso sí aplica la figura de la prescripción, porque si bien las cesantías definitivas anualizadas tienen el carácter de imprescriptibles, las cesantías definitivas no, por lo tanto, están sujetas al fenómeno. Ahora, como puede observarse, la actora se retiró del servicio en 2 oportunidades: el 18 de octubre de 2001 y el 08 de octubre de 2007. A partir del retiro la entidad contaba con un lapso de 65 días para reconocer y pagar las cesantías definitivas. Desde el vencimiento de ese plazo, las cesantías eran exigibles por la exempleada y, por lo tanto, comenzó a correr el término de prescripción de la prestación, en cuanto a las sumas que no hubieren ingresado efectivamente en la cuenta individual de la actora.

Ahora bien, como el último retiro de cesantías lo realizó el 13 de febrero de 2008, se podía tener esta fecha como referente para la prescripción, esto es que la demandante tenía tres años contados a partir de esa fecha para realizar su reclamación, pero así no lo hizo, puesto que la petición fue realizada solo hasta el 15 de diciembre de 2011, cuando ya había prescrito su derecho.

En este punto es de advertir que no es de recibo para esta Sala entender que los términos de prescripción no operaron por el hecho de no habérsele notificado las liquidaciones de las cesantías, toda vez que, como se señaló en párrafos anteriores, la falta de estas notificaciones a la demandante lo que hace es imposibilitar la contabilización del término de caducidad de la acción, más no el de prescripción.

[...]»

En este orden ideas, se podría concluir que en el caso sub examine no se configuró una vía de hecho por desconocimiento del precedente, en cuanto la motivación realizada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo de 17 de noviembre de 2016, que puso fin al proceso ordinario, estuvo acorde con lo sostenido en la providencia de unificación de 25 de agosto de la misma anualidad.

Así pues, se concluye tal como lo hizo la corporación accionada que en el presente caso la falta de reclamo oportuno, carga con la que debe cumplir el interesado, impidió al juez de lo contencioso-administrativo pronunciarse respecto al derecho a que sus cesantías se reliquidaran con el salario realmente devengado, consideraciones que estuvieron acordes al pronunciamiento referido previamente en el que la sección segunda de esta corporación fijó su criterio al respecto como juez de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De otro lado, la tutelante argumentó un desconocimiento del precedente horizontal, en tanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencias de 15 de julio y 24 de noviembre de 2015 y 15 de abril de 2016, en asuntos de contornos similares en los que accedió a las pretensiones de la demanda inicial, consideró que no era posible decretar el fenómeno jurídico de la prescripción con respecto a la reliquidación de cesantías, cuando frente al trabajador no se ha efectuado la notificación de los actos administrativos que dispusieron de las mismas.

Al respecto, en primer lugar, cabe anotar que aquellos fueron proferidos conforme a la normativa y jurisprudencia vigentes para ese momento por lo que debe resaltarse, ni siquiera en el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso – administrativo existía un criterio pacífico de discusión en cuanto al fenómeno de la prescripción en materia de reclamo de cesantías.

Así mismo, en segundo lugar, conforme a lo manifestado por el tribunal accionado no puede desconocerse que, en todo caso con posterioridad a la fecha en la que se emitió la referida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 del Consejo de Estado, esa corporación ha expedido decisiones judiciales en las que ha accedido a las súplicas del libelo introductorio, en la medida en que les asiste razón en solicitar la reliquidación de las cesantías conforme al salario realmente devengado en la planta de personal externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, ***pero cuando han efectuado el reclamo de manera oportuna sin dejar que operara la prescripción.***

En este orden de ideas, debe concluirse que el respeto por el precedente horizontal no puede convertirse en una talanquera que le impida a los jueces de lo contencioso-administrativo, en virtud del principio de independencia y autonomía, adecuar sus decisiones a los lineamientos trazados por su superior jerárquico, frente a lo cual, debe recordarse que el precedente vertical, si bien es vinculante, no puede desconocerse que es procedente el apartarse del mismo solo si cumplen de manera suficiente con una carga argumentativa que justifique su criterio. " (Destacado fuera de texto)

del 11 de noviembre de 1985 al 30 de junio de 1989; y del 26 de abril de 1993 al 08 de diciembre de 1997

Ahora bien , se puede analizar del caso en concreto, que el demandante ingresó el 18 de octubre de 1994 y se retiró el 3 de julio del 2000, fecha en la que se hizo exigible el derecho, sin embargo, la parte actora no inició reclamación alguna, no obstante a lo anterior el exfuncionario también realizó un retiro de cesantías el 11 de marzo de 2008, fecha en la que también pudo haber iniciado su reclamación, pero no fue así y al contrario, presenta reclamación de reliquidación de cesantías 12 años después, desconociendo la parte actora que hubo configuración de la prescripción trienal.

2.2 PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO EN CABEZA DEL DEMANDANTE PARA RECLAMAR LA RELIQUIDACIÓN DE SUS CESANTÍAS A PARTIR DEL RETIRO DE LAS CESANTÍAS DEL FONDO NACIONAL DE AHORRO

Como ya se argumentó, existe amplia jurisprudencia en cuanto a la prescripción de las cesantías, para este punto en concreto, relaciono diversos pronunciamientos que reiteran la mencionada prescripción a partir del retiro de las cesantías del Fondo Nacional de Ahorro:

- **Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en segunda instancia conoció el Consejo de Estado – Sección Segunda – C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Rad. No. 25000234200020120092l-01 (2438-2014). Demandante: Gloria Alicia Páez Herrera. Demandando: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores. En Sentencia del 30 de noviembre de 2017 señalo lo siguiente:**

"En este orden de ideas, al haberse producido el retiro de la accionante, el 9 de febrero de 2007, el acto de liquidación de sus cesantías definitivas se le debió notificar para que pudiera conocer su contenido completo e interpusiera, si era del caso, los recursos de ley; sin embargo, conforme al material probatorio recaudado dicha notificación no se llevó a cabo. De ahí surge la cuestión para determinar desde que momento se realiza el computo de los términos procesales, con el fin de establecer la caducidad de la acción y la prescripción del derecho.

(...)

De lo que precede se colige que la actora, desde el 24 de mayo de 2005, podía hacer la reclamación que considerara pertinente; pero la cual solo la formuló ante la entidad accionada el 29 de agosto de 2011, después de haber trascurrido más de cuatro años de su desvinculación laboral; y con su retiro sus cesantías anualizadas se tornaron definitivas, y, por lo tanto, sujetas al fenómeno de la prescripción, por la que el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo correr del tiempo, de conformidad con las características o exigencias propias de cada disposición legal.

(...)
De ahí que "resulta oportuno precisar que como quiera que las cesantías se causan de manera anual e igual suerte corre su exigibilidad, siempre que los respectivos actos administrativos de liquidación sean notificados al trabajador durante su vinculación laboral, en caso de que estos no se hayan dado a conocer al interesado tampoco hay cabida para la prescripción trienal, empero si el servidor con motivo el retiro de sus cesantías (con ocasión de la desvinculación del servicio) se entera del valor de esas, desde ahí habrá de contabilizarse el termino prescriptivo, puesto que es la oportunidad a partir de la cual podrá reclamar su reajuste"
(...)
Acorde con lo dicho, la reliquidación de las cesantías de la accionante de los años 1983 a 2004, como consecuencia de la sentencia de la Corte Constitucional C-535 de 2005, que declaro la inexequibilidad del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, debió haber sido propuesta a la Administración dentro de los tres años siguientes a este fallo; pero solo se hizo el 29 de agosto de 2011 cuando el derecho ya había prescrito, y, con mucha más vera, con la presentación de la demanda, el 21 de septiembre de 2012. En este mismo sentido, también se hubiera podido formular la reliquidación concerniente a los años 2005 -2007.

Sobre esto último, aunque en el proceso no aparece probada la notificación de las cesantías definitivas (después de la desvinculación de la actora del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 9 de febrero de 2007, sin que se le hubiere dado la oportunidad de impugnar la liquidación respectiva, se infiere de la lectura del extracto individual de sus cesantías definitivas que ella se enteró del monto, pues efectuó el 26 de los mismos mes y año un abono a su crédito hipotecario por valor de $12.447.021 (f.164), o sea, que esto indica de manera palmaria e inequívoca que convino en ella.

Una vez enterada de ello, la actora debió presentar, dentro de los tres años siguientes, a partir del 26 de febrero de 2007, la respectiva reclamación ante la Administración y luego, si era del caso, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no hacerlo el 29 de agosto de 2011 cuando su derecho ya había prescrito, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. *(...)* (Destacado fuera del texto)

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en segunda instancia conoció el Consejo de Estado – Sección Segunda – C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Rad. No. 25000234200020120086 4-01 (2795-2013). Demandante: Martha Lafaurie de Arévalo. Demandando: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores. En Sentencia del 5 de octubre de 2017 señalo lo siguiente:

"(...) *En relación con los demás años (1993 a 2003) se tiene que la vinculación de la actora al Ministerio de Relaciones Exteriores estuvo vigente hasta el 31 de enero de 2006, según da cuenta el Decreto 158 de 23 de los mismos mes y año (Fs. 563 y 564 anexo* ***2), y que en el escrito de la demanda afirmo haber retirado las cesantías después de la aceptación de su renuncia lo que significa que desde ese momento conocía el valor de estas, por lo que partir de ahí se contabiliza el término de prescripción.***

Por consiguiente, se evidencia que si la relación laboral de la demandante con el Ministerio de Relaciones Exteriores finalizo el 31 de enero de 2006y para ese mismo año retiro sus cesantías, ella disponía hasta el 2009 para presentar la solicitud de reliquidación de sus cesantías con inclusión de la totalidad de factores devengados en el extranjero, eso es, tres (3) años, *interregno dentro del cual si bien e cierto que formulo la respectiva petición de reliquidación (28 de mayo de 2007, f.4) y así logro interrumpir la prescripción por tres (3) años más, también lo es que entre esta y la interposición del medio de control (12 de junio de 2012, f.44 vuelta) trascurrieron más de cinco (5) años con lo que se supera con creces el término de la prescripción que se había logrado con la petición inicial.(...)* (Negrilla fuera del texto)

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por apelación avocó conocimiento el Honorable Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección "A", C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. No. 25000-23-42-000-2012-01182-01. Demandante: Sofía Salgado De Gómez– Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

En apelación del auto que decidió excepciones previas, el 6 de mayo de 2015, señaló:

"(...) Sea lo primero establecer si se presenta o no la caducidad del medio de control respecto de las liquidaciones de las cesantías de los años 1975 a 1977, las cuales reposan en el expediente en los folios 70 a 72, notificadas el 22 de mayo de 1985. (...)

Tal y como lo afirmó el apoderado de la demandante se observa que en dicha liquidación no se indicó cuáles recursos procedían, ni ante que autoridad. Sin embargo, esto no basta para considerar que no producen efectos legales en virtud a que la demandante conoció los valores, la forma y los factores tenidos en cuenta para su liquidación, por lo cual no puede ahora intentar revivir términos, toda vez que estas se consideran notificadas y debió demandarlas dentro del término legal establecido en Código Contencioso Administrativo vigente para la época, circunstancia que hace procedente confirmar la decisión del Tribunal de declarar probada la caducidad del medio de control respecto a esas liquidaciones. Así las cosas el problema jurídico a resolver en el presente caso se contrae a determinar si el derecho a reclamar la reliquidación de cesantías está sometido al término de prescripción de tres (3) años desde que se hicieron exigibles. (...)

Como quiera que las cesantías son un derecho que se desprende de la relación laboral, la solicitud de reliquidación de estas está sometida al término de prescripción de los derechos laborales que es de tres (3) años, partiendo del momento en el cual el beneficiario conoce el valor liquidado por tal concepto.

En el escrito de la demanda se afirmó que la ***demandante retiró las cesantías después de desvincularse de la entidad en el año 2000, hecho que fue corroborado por la entidad en la contestación de la demanda. Es decir, que a partir del retiro conoció el valor y a pesar de que en el expediente no obra acto administrativo de reconocimiento de cesantías definitivas, es esta la fecha que ha de tomarse para contabilizar el término con que la accionante contaba para realizar la solicitud de reliquidación ante la entidad. Al respecto, de conformidad con el oficio DITH No. 28987 (fls 5 y 6) se observa que la solicitud de reliquidación de cesantías fue radicada el 14 de septiembre de 2011, por lo que se debe entender que el término fue ampliamente superado, lo que significa que se configuró la prescripción del derecho a la reliquidación de las cesantías"*** (Destacado fuera del texto)

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Juzgado 24 Administrativo de Bogotá y por apelación de sentencia que negó las pretensiones avocó conocimiento el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", M.P. Luz Myriam Espejo, Rad. No. 11001333502420120005 6-03. Demandante: Sergio Alfonso Jaramillo Betancourt – Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, en sentencia del 21 de marzo de 2018 sostuvo:

"(...)La Sala concluye que, en el presente asunto opero el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por el demandante para los periodos reclamados, esto es de 1973 a 1997, toda vez que con posterioridad a su retiro definitivo del servicio (5 de enero de 1997), efectuó dos retiros de cesantías (7 de abril de 1997 y 30 de marzo de 1998) hecho que demuestra que para esa fecha ya conocía, por conducta concluyente, el valor que el Ministerio de Relacione Exteriores le liquidó y depositó en el Fondo Nacional del Ahorro, y la reclamación se presentó solo hasta el 15 de diciembre de 2011(...)

Entonces de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968 y 201 del Decreto 1848 de 1969, los derechos laborales, prescriben en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hagan exigibles y en el presente asunto el derecho del demandante a exigir la reliquidación d sus cesantías surgió al día siguiente de su retiro esto es el 5 de enero de 1997, habida cuenta que no es una prestación periódica. Pero dado que no se conoce el acto administrativo que reconoció y liquido las cesantías definitivas por retiro del servicio, la Sala conforme a la orientación del Consejo de Estado, toma en cuenta que el actor conoció por conducta concluyente, el monto de las cesantías que le fue reconocido y pagado, cuando realizo el retiro posterior a su retiro definitivo del servicio. (...)

Sin embargo, si en gracia de discusión, se toma como fecha de exigibilidad del derecho, la fecha de ejecutoria de las sentencias de constitucionalidad previamente citadas, es claro que el termino prescriptivo de tres años de que habla la norma, es superado con suficiencia, pues la última sentencia que sobre el tema analizado expidió la Corte fue la sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, la cual cobró ejecutoria el 18 de julio de la misma anualidad como se señaló, el demandante elevó petición solo hasta el 15 de diciembre de 2011, esto es, después de más de 6 años de ser exigible el derecho.(...)" (Destacado fuera de texto).

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Juzgado 56 Administrativo del Circuito Administrativo de Bogotá y por apelación avocó conocimiento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" M.P. Luz Myriam Espejo Rodríguez, Rad. No. 11001-33-35-716-2014-00093-01. Demandante: Luís Guillermo Giraldo Hurtado– Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores. En apelación de la sentencia en primera instancia, el 21 de febrero de 2018, señaló:

"(...) De las normas leídas, se tiene que por regla general los derechos laborales, en este caso las cesantías de liquidación anual, que no tienen el carácter de prestación periódica, prescriben en 3 años contados desde la fecha en que la respectiva obligación se hubiere hecho exigible, máxime si el servidor público se retira del servicio; siguiendo igual suerte la reliquidación a la que haya lugar cuando exista justo título para la reclamación, como en este caso lo es la sentencia C-535 de 2005, de la Corte Constitucional con la cual se clarificó la forma de liquidar el derecho, que ya había sido concedido en casos aislados por sentencias de tutela (...)

"(...) Nótese que el demandante con posterioridad a su retiro definitivo del servicio (16 de agosto de 2006), efectuó un retiro de cesantías, hecho que demuestra que, para esas fechas, él ya conocía el valor que el Ministerio de Relaciones Exteriores le liquidó y depositó en el Fondo Nacional del Ahorro. Incluso conoció la forma en que se le liquidaban las cesantías desde el 27 de junio de 2000, si se tiene en cuenta que en esa fecha también efectuó un retiro de cesantías, que eran liquidas con la misma norma, esto es el decreto 10 de 1992. (...)

(...)Así, queda probada la notificación por conducta concluyente por parte del demandante, y, por tanto, a partir del momento en que conoció el monto liquidado y pagado, pudo realizar la reclamación e sede administrativa, si no estaba de acuerdo con el valor consignado(...)

"(...)Entonces, la Sala concluye que, en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por el demandante para los periodos reclamados, esto es 1990, 1991, 1998, 1999 y 2003, toda vez que con posterioridad a su retiro definitivo del servicio (16 de agosto de 2006), efectuó un retiro de cesantía (16 de mayo de 2008), hecho que demuestra que para esta fecha ya conocía, por conducta concluyente, el valor que el Ministerio de Relaciones Exteriores le liquidó y depositó en el Fondo Nacional del Ahorro, y la reclamación se presentó solo hasta el 8 de noviembre de 2013. (...)" (Destacado fuera de texto)

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Juzgado 7 Administrativo del Circuito Administrativo de Bogotá y por apelación de decisión de excepciones previas avocó conocimiento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" M.P. Carlos Alberto Orlando Jaiquel, Rad. No. 11001-33-35-007-2016-00565-01. Demandante: Felisa Elena Restrepo Lucena – Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores. En providencia del 7 de febrero de 2018, señaló:

"(...)Las cesantías son exigibles por parte del trabajador al terminar la relación laboral, por lo que la prescripción empezara a correr a partir del día siguiente de la terminación de dicha relación laboral

En el caso bajo estudio, las cesantías se hicieron exigibles a partir de la desvinculación de la actora, el caso en estudio, a partir del día siguiente de su desvinculación – 14 de septiembre de 1991-(...)

Si bien cierto que en el proceso se encuentra, además probado que las liquidaciones de cesantías anuales o definitivas, fueron debidamente notificadas al actor, también lo es que las mismas se hicieron exigibles a partir de la desvinculación laboral, a partir de la cual, como ya se estableció, disponía de 3 años para hacer las respectivas reclamaciones

Como la petición de reliquidación de cesantías se presentó como ya se anotó, el 24 de junio de 2016, forzoso es concluir que se encuentra prescrito este derecho laboral que se había causado por lo años 1988, 1989, 1990, 1991(...)

La anterior posición es concordante con la postura asumida por la Sala de Decisión en controversias de similares contornos a la presente, siendo ese caso de los proveídos del 21 de agosto de 2014, dictado dentro del proceso con radicación 2013-05275, demandante: Fabio Valencia Cossio y del 19 de noviembre de 2015, proferido dentro del proceso con radicado 2014-1294 actor Carlos Lozano Ángel. Sentencia del 6 de mayo de 2015, expediente No. 2012-01128-01, MP Luis Rafael Vergara Quintero, actor; Sofía Salgado de Gómez, demandado: Nación –

Ministerio de Relaciones Exteriores. Igualmente podemos citar el fallo de segunda instancia de fecha 21 de agosto de 2015, expediente No. 2013-00230, demandante: María Consuelo Aguilar Doncel. Magistrado Ponente: Samuel Jose Ramirez Poveda, confirmadas por el Consejo de Estado"

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se concluye que en presente caso efectivamente se configuró la excepción de prescripción alegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, razón por la cual se procederá a confirmar la declaratoria de probado dicho medio exceptivo para los periodos correspondientes entre 1988 y 1991(...)"

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Juzgado 24 Administrativo del Circuito Administrativo de Bogotá y por apelación de sentencia avocó conocimiento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" M.P. Luis Gilberto Ortegón Ortegón, Rad. No. 11001-33-35-024-2013-00352-01. Demandante: Henry Delgado Torres – Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores. En providencia del 8 de febrero de 2018, señaló:

"(...) Así las cosas, en caso como este, se puede hablar de dos momentos de exigibilidad del derecho: i) a partir de la sentencia C-535 de 2005, si el retiro del servicio se produjo con anterioridad a la emisión de aquella y ii) desde el retiro del servicio del beneficiario, teniendo en cuenta que, tal como se dijo, el accionante se retiró del servicio el 1 de enero de 2006, es a partir de esta fecha que deben contarse los 3 años de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el retiro del servicio se efectuó el 1 de enero de 2006 y la petición se incoo el 23 de abril de 2012, es por fuera de los 3 años señalados en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, siendo claro que ha operado la prescripción trienal. (...)"

- Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", M.P. Dra. Luz Miriam Espejo Rodríguez, Rad. No. 20130048102. Demandante: Ximena del Pilar Andrade Hurtado – Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, en sentencia del 8 de noviembre de 2017 que resolvió el recurso de apelación presentado por la suscrita contra la sentencia emitida por el Juzgado 13 Administrativo de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones, determino revocar la sentencia sub examine, para negar todas las pretensiones, bajo la siguiente argumentación:

"(...) Nótese que la demandante con posterioridad a su retiro definitivo del servicio efectuó dos (2) retiros de cesantías, hecho que demuestra que para esas fechas, 20 de septiembre de 2001 y 18 de octubre de 2001, ella ya conocía el valor que el Ministerio de Relaciones Exteriores le líquido y deposito en el Fondo Nacional del Ahorro. Incluso, conoció la forma en que se le liquidaban las cesantías desde el 3 de marzo de 1993, si se tiene en cuenta que esa fecha también efectuó un retiro de cesantías, que eran liquidadas con la misma norma, esto es el decreto 10 de 1992.

Así queda probada la notificación por conducta concluyente por parte de la demandante, y por lo tanto, a partir del momento en que conoció del monto liquidado y pagado, pudo realizar la reclamación en sede administrativa, sino estaba de acuerdo con el valor consignado. (...)

Entonces, la Sala concluye que, en el presente asunto opero el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por la demandante para el periodo que es objeto de apelación, esto es el comprendido entre el 29 de febrero de 1996 y el 31 de julio de 2001,

toda vez que con posterioridad a su retiro definitivo del servicio, efectuó dos (2) retiros de cesantías (20 de septiembre de 2001 y 18 de octubre de 2001), hecho que demuestra que para esas fechas ella ya conocía, por conducta concluyente, el valor que el Ministerio de Relaciones Exteriores le líquido y depositó en el Fondo Nacional del Ahorro.

La parte actora manifiesta que el derecho a exigir la reliquidación de sus cesantías no surgió el día de su retiro o con la expedición de las sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional, sino la fecha en que el Ministerio de Relaciones Exteriores contesto la solicitud de reliquidación.

Sobre el particular, debe señalar la Sala que no son de recibo los argumentos expuesto por la apoderada del demandante, lo anterior teniendo en cuenta como se explicó líneas atrás, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1966, los derechos laborales, prescriben en el término de tres años contados de a partir de la fecha en que se hagan exigibles y en el presente asunto el derecho de la demandante a exigir la reliquidación de sus cesantías surgió al día siguiente de su retiro esto es 1 de agosto de 2001, habida cuenta que no es una prestación periódica. Pero dado que no conoce el acto administrativo que reconoció y liquidó las cesantías definitivas por retiro del servicio, la Sala, conforme a la orientación del Consejo de Estado, toma en cuenta que la actora conoció por conducta concluyente, el monto de cesantías que le fue reconocido y pagado, cuando realizo los retiros posteriores a su retiro definitivo del servicio (...)" (Destacado fuera del texto).

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Juzgado 17 Administrativo de Bogotá y por apelación de auto que declaro la prosperidad de las excepciones previas avocó conocimiento el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", M.P. Amparo Oviedo Pinto, Rad. No. 11001333501720130090001. Demandante: Carlos Enrique Hernandez (retirado de la entidad desde 2005) – Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores.

En providencia del 22 de julio de 2016, señalo que

"(...) Ahora bien, de conformidad con lo medio documentales de prueba allegados el expediente, el señor Carlos Enrique Hernández, presto sus servicios al Ministerio de relaciones exteriores desde el 28 de junio de 1972 al 31 de marzo de 2005, lo anterior quiere decir que desde el día 01de abril de 2005, empezó a correr el termino de tres años de que habla la norma para hacer exigibles sus derechos.

No obstante, lo anterior, solo hasta el 11 de marzo de 2013, esto es cuando ya habían trascurrido 07 años, 11 meses y 11 días desde que fueron exigibles los derecho reclamados, el demandante elevo petición ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, para solicitar la reliquidación de sus cesantías, así las cosas es claro para la Sala como bien lo manifestó el a quo que en el presente caso opero la prescripción extintiva de los derechos reclamados por el señor Carlos Enrique Hernández". (Destacado fuera del texto).

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en segunda instancia conoció el Consejo de Estado – Sección Segunda- CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. No. 25000234200020130028901 (2637-2015). Demandante: Ramón Jesús Martínez de León-Demandando: Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores. En sentencia del 21 de junio de 2018, estableció:

"*(...)*

"*En el sub judice, se observa que el demandante se desvinculó del Ministerio de Relaciones Exteriores a partir del 31 de octubre de 2002 y presentó solicitud de retiro de cesantías definitivas el 25 de marzo de 2003, las cuales conforme se acreditó del Extracto Individual de Cesantías proferido por el FNA, fueron pagadas el 17 de junio de 2003; por lo que en principio, a partir de allí el actor tenía conocimiento del monto por el cual se le liquidó el referido emolumento.*

Pese a lo anterior, el derecho del demandante no surgió a partir de la fecha en que retiró las cesantías definitivas pues, tal como lo señaló la entidad demandada, y solo hasta su declaratoria de inexequibilidad mediante la sentencia C-535 de 2005, fue que surgió el derecho a la reliquidación de las cesantías, (...)

En consecuencia, debido a que se encuentra acreditado que el actor presentó petición el 17 de agosto de 2012 folio 4 del expediente, esto es, aproximadamente 7 años después de la expedición de la providencia invocada, el derecho reclamado se encuentra prescrito conforme lo establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969."
(

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en segunda instancia conoció el Consejo de Estado – Sección Segunda- CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. No. 25000232500020120096560l (1658-2016). Demandante: Carlos Mauricio González Arévalo-Demandando: Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores. En sentencia del 3 de mayo de 2018, estableció:

"*(...)*
"*De esta manera, es claro e inequívoco que producido el retiro del servicio, la prestaciones sociales definitivas deben controvertirse o pedirse su reliquidación dentro del término de los tres años siguientes, pues a partir de allí son exigibles, de modo que el paso del tiempo en exceso, insoslayablemente conlleva a su extinción por cuenta de la prescripción.*
(...)
En consecuencia, no se requería la notificación del acto de liquidación, esto es, el documento donde se liquidó, porque ya con la consignación del valor tuvo conocimiento, y si pretendía un mayor valor y si conocía que debía liquidarse en divisas y no en pesos colombianos, debió haber reclamado oportunamente y teniendo en cuenta que cada cesantía es anualizada y en especial que el poderdante fue objeto de liquidación definitivo por retiro del servicio.
Así las cosas, y por las anteriores razones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que prosperó las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y prescripción."

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en segunda instancia conoció el Consejo de Estado – Sección Segunda – C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Rad. No. 25000-23-42-000-2013-05275-01 (3935-2014). Demandante: Fabio Valencia Cossio. Demandando: Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores). En Sentencia del 30 de noviembre de 2017 definió la siguiente tesis con relación a la prescripción de las cesantías.

"*Resulta oportuno advertir que comoquiera que las cesantías se causan de manera anual e igual suerte corre su exigibilidad, siempre que los respectivos actos administrativos de liquidación sean notificados al trabajador durante su vinculación laboral,* ***en caso de que estos no se hayan dado***

a conocer al interesado tampoco hay cabida para la prescripción trienal, empero si el servidor con motivo del retiro de sus cesantías (con ocasión de la desvinculación del servicio) se entera del valor de estas, desde ahí habrá de contabilizarse el termino prescriptivo, puesto que es la oportunidad a partir de la cual podrá reclamar su reajuste (...)

Por consiguiente, si la relación laboral del demandante con el Ministerio de Relaciones Exteriores finalizó el 28 de febrero de 2005 y para ese mismo año retiro sus cesantías, e incluso se profirió sentencia C-535, él disponía hasta el 2008 para formular la solicitud de reliquidación de sus cesantías, por lo que en atención a que su petición la formuló el 29 de abril de 2013, lo hizo por fuera del término de prescripción de los tres (3) años consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 *(...)*" (Destacado fuera de texto)

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Gabriel Valbuena Hernández (E), Rad. No. 25000234200020120018501 (1394-2014). Demandante: Rubén Darío Agudelo Herrera – Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores. Providencia del 6 de octubre de 2016.

"(...)
Ahora bien, en lo respecta a la prescripción de derecho a la reliquidación de cesantías por todos los años reclamos, incluyendo los dos aludidos previamente, la Sala debe decir que al producirse el retiro del servicio del demandante el 31 de agosto de 2005 la prestación "cesantías" se convirtió en definitiva (...)
No obstante, en el caso de autos no hay prueba del acto mediante el cual se reconocieron las cesantías definitivas al demandante; sin embargo, se allego copia del extracto individual de cesantías emitido por el Fondo Nacional de Ahorro, que da cuenta de las cesantías consignadas a favor del actor por los años 1999,2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.
En el aludido extracto, se observa que el demandante realizo dos (2) retiros de cesantías con posterioridad a la desvinculación laboral, los días 9 de noviembre y 12 de diciembre de 2005, es decir, para esas fechas ya conocía el valor que su empleador había depositado a su favor por concepto de cesantías, de modo que, a partir de esas fechas, podía realizar la reclamación oportuna de la reliquidación de su prestación, en caso de no estar de acuerdo con la suma consignada.
Sin embargo, la reclamación en sede administrativa solo se hizo el 29 de diciembre de 2011, cuando habían transcurrido más de 3 años desde que fue notificado por conducta concluyente del valor reconocido por su empleador, por concepto de cesantías definitivas, motivo por el cual es forzoso concluir que se configuró el fenómeno de prescripción extintiva del derecho.
Aunado a lo anterior, la Sala debe decir que aunque de acuerdo con la certificación que obra de folios 16 a 26 del expediente, las cesantías reconocidas al demandante fueron liquidadas y pagadas con fundamento en lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto Ley 10 de 1992 y en el artículo 66 del Decreto 274 de 2000, artículos que fueron declaradas (sic) inexequibles mediante sentencias C-535 de 24 de mayo de 2005 y C -292 de 2001, respectivamente, si se tuviera la fecha de expedición de la primera de ellas, como habilitante para reclamar la reliquidación que pretende el demandante, en todo caso, se habría configurado el fenómeno prescriptivo, pues transcurrieron más de 3 años para formular la reclamación en sede administrativa.(...)". (Destacado fuera de texto).

- Consejo de Estado, Sección Primera, Subsección "B", C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés (E), Rad. No. 11001031500020190292300. Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz – Demandado: Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B y Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B. Providencia del 18 de julio de 2019.

"(...)

Debido a lo anterior, y ante la ausencia de la Corte Constitucional de indicar los efectos de la citada sentencia; la Sección Segunda de esta Corporación en reiteradas providencias21, en aras de dar prevalencia a la interpretación constitucional y, en aplicación de los principios de primacía de la realidad, favorabilidad y así evitar que una norma inconstitucional produzca efectos a los trabajadores que prestaron sus servicios en el exterior en el Ministerio de Relaciones Exteriores con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 57 del Decreto Nro. 10 de 3 de enero de 1992, procedió a aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto a esa disposición.

Por otra parte, la misma Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de 25 de agosto de 201623, puntualizó respecto a la prescripción en el reclamo de las cesantías definitivas, en los siguientes términos:

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago no puede constituir un beneficio a su favor.

En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196924, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]". (Subrayado fuera del texto).

Cabe precisar que las cesantías definitivas están sometidas al fenómeno de la prescripción por lo que, en principio, el trabajador debe solicitar el reconocimiento o reliquidación de sus prestaciones sociales definitivas dentro de los tres años siguientes al acto administrativo que las liquida.

Sin embargo, para la Sala resulta totalmente plausible la decisión adoptada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado de no contabilizar el término de prescripción a partir de la fecha de retiro de las cesantías definitivas y mucho menos desde la notificación de los actos administrativos que liquidaron las cesantías dado que, estas circunstancias ocurrieron con anterioridad a la expedición de la sentencia C-535 de 2005.Para la Sala resulta razonable la conclusión a la que llegó la autoridad judicial accionada toda vez que, a la fecha de liquidación de las prestaciones sociales, estas fueron liquidadas de acuerdo con la normatividad vigente y

por ello, el término de prescripción no podría contarse a partir del retiro definitivo de las cesantías, ni desde la notificación de los actos administrativos que la liquidaron, sino, a partir de la expedición de la sentencia C-535 de 2005, comoquiera que fue con ocasión a este providencia que surgió para los empleados de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores el derecho de reclamar la reliquidación de las acreencias laborales."

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", William Hernández Gómez, Rad. No. 25000234200020130510601 (0972-2017). Demandante: Orlando Enrique Vásquez Velásquez – Demandado: Nación Ministerio de Relaciones Exteriores. Providencia del 30 de mayo de 2019.

"(...)
La prescripción extintiva del derecho es una sanción a la inactividad prolongada e injustificada del titular del derecho para efectuar su reclamación.
En materia laboral administrativa, la prescripción de derechos prestacionales de los empleados públicos está regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y complementariamente en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.
Así las cosas, se colige que una vez se hace exigible un derecho, el titular del mismo cuenta con un lapso de tres años para solicitarlo y, el simple reclamo escrito interrumpe dicho término prescriptivo por otro lapso igual.
La sección segunda de esta corporación en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 201617 concluyó que las cesantías anualizadas son una prestación imprescriptible, mientras que las definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción. Veamos al respecto:
«[...] Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.
No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace
para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor. [...]» (Subraya fuera de texto).
Por lo tanto, la imprescriptibilidad de las cesantías anualizadas se predica mientras subsista la relación laboral, pues finalizada ésta, es decir, cuando se generan las definitivas, sí procede el fenómeno prescriptivo."

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" M.P. José María Armenta Fuentes, Rad. No. 2012-1910-00. Demandante: Myriam Elena Beltrán de Forero– Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, en sentencia del 16 de agosto de 2018

"*(...)*

"*De acuerdo con la decisión transcrita parcialmente, cuando se acredita el retiro del servicio y se liquidan de manera definitiva las cesantías, la notificación del acto de liquidación no es necesario a efectos de contar los términos de prescripción pues se entiende que a partir de la consignación del valor liquidado por la entidad, se habilita su reclamación.*

Teniendo en cuenta que el derecho a la liquidación de las cesantías con el salario realmente devengados por los funcionarios que prestaron sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriorices (sic) surgió solo a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-535

*de 2005, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, Expediente D-5490, que declaró **INEXEQUIBLE** el artículo 57 del Decreto Extraordinario 10 de 1992, será a partir de allí que se entienda que tal prestación se hizo exigible a efectos de determinar la prescripción.*

(...)

Así las cosas, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Bogotá, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2.016), mediante la cual se declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho (...)"

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Juzgado 14 Administrativo del Circuito Administrativo de Bogotá y por apelación avocó conocimiento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" M.P. José María Armenta Fuentes, Rad. No. 11001333501420130021302. Demandante: Guillermo Plazas Alcid– Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores. En sentencia del 16 de agosto de 2018

"*(...)*

En el caso sub examine a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra acreditado, que el accionante se retiró del servicio a partir del 30 de mayo de 2002, por lo que podemos concluir que para la fecha en la cual quedó ejecutoriada la sentencia C-535 de 2005, esto es 24 de mayo de 2005, las cesantías de la accionante eran una prestación de carácter unitario, y por ello contaba, hasta el 24 de mayo de 2008 para interrumpir el fenómeno prescriptivo, lo cual únicamente se verificó hasta el día 9 de mayo de 2012, es decir algo más de 10 años contados desde su retiro, y aproximadamente 4 años desde la fecha de ejecutoria de la referida sentencia.

Así las cosas, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Bogotá, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2.016), mediante la cual se declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho (...)"

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Juzgado 56 Administrativo del Circuito Administrativo de Bogotá y por apelación avocó conocimiento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" M.P. Luz Myriam Espejo Rodríguez, Rad. No. 11001-33-35-716-2014-00093-01. Demandante: Luís Guillermo Giraldo Hurtado– Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores.

<u>En apelación de la sentencia en primera instancia, el 21 de febrero de 2018, señaló:</u>

"(...) *De las normas leídas, se tiene que por regla general los derechos laborales, en este caso las cesantías de liquidación anual, que no tienen el carácter de prestación periódica, prescriben en 3 años contados desde la fecha en que la respectiva obligación se hubiere hecho exigible, **máxime si el servidor público se retira del servicio**; siguiendo igual suerte la reliquidación a la que haya lugar cuando exista justo título para la reclamación, como en este caso lo es la sentencia C-535 de 2005, de la Corte Constitucional con la cual se clarificó la forma de liquidar el derecho, que ya había sido concedido en casos aislados por sentencias de tutela (...)*

"(...) *Nótese que el demandante con posterioridad a su retiro definitivo del servicio (16 de agosto de 2006), efectuó un retiro de cesantías, hecho que demuestra que, para esas fechas, él ya conocía el valor que el Ministerio de Relaciones Exteriores le liquidó y depositó en el Fondo Nacional del Ahorro. Incluso conoció la forma en que se le liquidaban las cesantías desde el 27 de junio de 2000, si se tiene en cuenta que en esa fecha también efectuó un retiro de cesantías, que eran liquidas con la misma norma, esto es el decreto 10 de 1992. (...)*

(...)Así, queda probada la notificación por conducta concluyente por parte del demandante, y, por tanto, a partir del momento en que conoció el monto liquidado y pagado, pudo realizar la reclamación e sede administrativa, si no estaba de acuerdo con el valor consignado(...)

61

"(...)Entonces, la Sala concluye que, en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por el demandante para los periodos reclamados, esto es 1990, 1991, 1998, 1999 y 2003, toda vez que con posterioridad a su retiro definitivo del servicio (16 de agosto de 2006), efectuó un retiro de cesantía (16 de mayo de 2008), hecho que demuestra que para esta fecha ya conocía, por conducta concluyente, el valor que el Ministerio de Relaciones Exteriores le liquidó y depositó en el Fondo Nacional del Ahorro, y la reclamación se presentó solo hasta el 8 de noviembre de 2013. (...)" (Destacado fuera de texto)

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Juzgado 17 Administrativo de Bogotá y por apelación de auto que declaro la prosperidad de las excepciones previas avocó conocimiento el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", M.P. Amparo Oviedo Pinto, Rad. No. 11001333501720130057401. Demandante: Jaime de Jesús Burgos (retirado de la entidad desde 1987) – Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores.

En providencia del 24 de junio de 2016, señaló:

"(...) *Al respecto debe señala la Sala que no son de recibo los argumentos expuestos por el apelante, teniendo en cuenta que, si bien es cierto, los actos al parecer no fueron notificados en debida forma, lo cierto es que los conocía el actor puesto que aquellos se ejecutaron al ordenar el pago a su favor. Y el ejercicio de la acción en tiempo debía hacerse a partir de la ejecución. Mejor llama la atención la alegación de la sentencia constitutiva de derechos de la Corte Constitucional, según la cual le nacería el presunto derecho a reliquidación de su cesantía, puesto que antes de ese pronunciamiento, el ordenamiento vigente conocido por el actor, impedía tal reliquidación y es esa la razón que lo lleva al silencio frente a la liquidación que admitió."*

- Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que en primera instancia conoció el Juzgado 22 Administrativo de Bogotá y por apelación avocó conocimiento el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", M.P. Samuel José Ramírez Poveda, Rad. No. 11001333502220130023001. Demandante: María Consuelo Aguilar Doncel – Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores.

En sentencia de segunda instancia del 21 de agosto de 2015, señaló:

"*Por lo anterior, la demandante tuvo desde el 24 de mayo de 2005, en que se profirió el fallo de constitucionalidad que declaró inexequible el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 hasta el 24 de mayo de 2008, para reclamar el derecho a la reliquidación de sus cesantías, puesto que en su caso particular no se trataba de una prestación periódica al haberse retirado del servicio desde el 1 de febrero de 2002, pero ejercitó su derecho sólo siete (7) años después, esto es, el 18 de mayo de 2012, dejando operar el fenómeno prescriptivo frente a su derecho*."

Así las cosas, la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo ha señalado de forma expresa que la prescripción trienal para solicitar la reliquidación de las cesantías y para el presente caso, se tiene que para los períodos objeto de reclamación, el señor MARIO GALOFRE CANO, entre el 18 de octubre de 1994 al 3 de julio del 2000, períodos que fueron liquidados de conformidad con lo establecido en el artículo 57 en el presente caso operó la prescripción del derecho para solicitar la reliquidación de las cesantías por este período .del Decreto Ley 10 de 1992 y como quiera que éste artículo fue declarado inexequible mediante sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, es desde esta fecha en la cual se empiezan a contar los 3 años para que se solicitara la reliquidación de las cesantías que para el caso bajo estudio solamente fue solicitada 12 años después con la presentación del derecho de petición por parte del demandante , por lo anterior, es claro que

Queda pues, completamente sustentado, que el actor conocía el valor de sus cesantías en el momento en que realizó el retiro de las mismas del Fondo Nacional del Ahorro, es decir, según el reporte expedido por la entidad, se evidencia un retiro de cesantías por parte del señor Mario Galofre Cano, el día 11 de marzo de 2008, así las cosas y como ya se reiteró en la abundante jurisprudencia, desde ese día el demandante conocía el valor que este Ministerio le había liquidado y no elevó ninguna reclamación, por lo tanto se configura la prescripción aquí planteada.

2.3 PRESCRIPCIÓN TRIENAL EMPEZADA A CONTAR EL FALLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional expidió la siguiente sentencia de constitucionalidad abstracta, en razón a la necesidad de reliquidar las prestaciones sociales de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme al salario realmente devengado:

C-535 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, la cual declaró inexequible el artículo 57 del Decreto 10 de 1992.

Con fundamento en lo establecido por el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de Justicia, y el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional", las sentencias emanadas de la Corte Constitucional que son proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen efecto "erga omnes" y, son de obligatorio cumplimiento tanto para las autoridades, como para los particulares.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-600 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández, estableció *que "en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de cosa juzgada constitucional, su exequibilidad o inexequibilidad, total o parcial, con efectos erga omnes y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna".*

Así las cosas, el contenido de la sentencia C-535 de 2005, sólo produjeron efectos con posterioridad a la desvinculación del actor. Ahora bien, aun en el hipotético y eventual caso que se considerara que procede la reclamación y que la prescripción debería contar a partir de que se produjo la sentencia (y no la desvinculación), ya hubiera operado ese fenómeno.

Así mismo, se insiste en que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969, se establece que las acciones que emanen de los derechos consagrados en la norma citada, entre ellas las cesantías y demás derechos laborales de los funcionarios del Estado, prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Así las cosas, según la postura dominante de la jurisprudencia de la Sala Laboral Ordinaria de la Corte Suprema de Justicia, las obligaciones laborales son "exigibles" – de acuerdo con el sentido del Código Procesal- *"justo desde el momento en el cual el trabajador tiene derecho a pedírselas legítimamente al empleador, y eso depende del tipo de obligación".*

Con fundamento en lo anterior, se deberá entender que el derecho a reclamar la reliquidación del auxilio de cesantía de **MARIO GALOFRE CANO** de acuerdo con lo expuesto por la parte actora se hubiese hecho exigible a partir del año 2005. Esto, por supuesto, sólo en el supuesto en que se considere que se debían liquidar las prestaciones sociales como lo indica el actor, pese a que, se reitera, esta posición no es acertada.

Ahora bien, suponiendo que la posición del actor fuera correcta y que la prescripción se contara desde el año de 2005, fecha en la cual, fue proferida la sentencia de la Corte Constitucional, que evidenció la necesidad de reliquidar las cesantías de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores conforme al salario realmente devengado, teniendo en cuenta que estos fallos tienen carácter obligatorio general, oponible a todas las personas, incluso a los particulares. Este fue el momento en el cual el demandante tenía la obligación de conocer de la situación de sus prestaciones sociales y a partir de ese

momento, tenía 3 años para solicitar la reliquidación, so pena de declararse prescritos sus derechos laborales con relación al tema. Lo anterior teniendo en cuenta que además de la ley, el desconocimiento de la jurisprudencia emanada por los órganos judiciales de cierre que tiene el carácter erga omnes, es decir, obligatorio cumplimiento para todos los colombianos, no sirve de excusa para alegarla a su favor.

Así las cosas, para el momento en el cual el señor GALOFRE CANO solicitó ante este Ministerio de Relaciones Exteriores la reliquidación de sus cesantías conforme al salario devengado en la planta externa, ya habían pasado ampliamente más de tres (3) años, a partir del momento en el cual su derecho de hizo exigible. De hecho, la petición fue presentada cuando habían transcurrido más de 12 años de haberse proferido el citado fallo, cuando ya había operado el fenómeno de la prescripción, esto en el hipotético evento que se tome en cuenta la declaratoria de inexequibilidad del artículo 57 del Decreto 10 de 1992, que ocurrió con la sentencia C-535 de 2005, cuya norma se reitera fue posterior a relación laboral con la parte actora.

En este orden de ideas, no puede afirmarse, que el valor de los pagos realizados al Fondo Nacional del Ahorro por concepto de auxilio de cesantías se vuelva imprescriptible y por ende, es preciso concluir que periódicamente, mes a mes, año a año, fue prescribiendo la respectiva oportunidad de solicitar la realización de la supuesta reliquidación de las cesantías del demandante que ahora se están pretendiendo.

En conclusión y para efectos de la reclamación presentada, se tiene que el demandante laboró para el Ministerio de Relaciones Exteriores en planta externa entre el 18 de octubre de 1994 hasta el 30 de julio del 2000.

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se impetró alrededor de veinte años después de su desvinculación del Ministerio, se evidencia que aplica el fenómeno extintivo de la prescripción trienal, en tanto ya transcurrieron más de los 3 años de que trata el Decreto 1848 de 1969 para ejercer el derecho a reliquidar las cesantías.

3 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, para que las partes puedan acudir al proceso. En este sentido, la jurisprudencia haciendo referencia a la legitimación ha señalado:

> *"La legitimación se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda."*[6]

En este sentido es importante analizar la legitimación en la causa para comparecer al proceso, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

> *"(...) la legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina y para los juicios de cognición desde dos puntos de vista: de hecho y material. Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión*

[6] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 20 de noviembre de 2017. Expediente 60035, C.P. SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando.

> *procesal; es decir es una relación jurídica nacida de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda*"[7] (Resaltado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, en términos generales la legitimación en la causa se refiere a la posibilidad que tienen las partes para comparecer al proceso ya sea como demandante o demandado; en este sentido la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

> "*En este sentido y en lo atinente a la legitimación en la causa, la Sala recuerda que la misma se refiere a la posibilidad de que la persona formule o controvierta las pretensiones contenidas en la demanda por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. (...)*
> *(...)La legitimación en la causa está directamente relacionada con el objeto de la litis, es decir, se trata de un elemento sustancial relacionado directamente con la pretensión, en ese sentido, no constituye un presupuesto procesal, como sí lo es la legitimación para el proceso, por el contrario, la legitimación en la causa ha sido entendida como un presupuesto para la sentencia de mérito o de fondo, se trata nada mas(sic) y nada menos que de un requisito para que exista un pronunciamiento de fondo sobre la relación jurídico- sustancial juzgada.*"[8]

En este punto, es importante precisar que las administradoras del fondo de pensiones y Colpensiones cuentan con herramientas otorgadas por la Ley para iniciar las acciones de cobro contra los empleadores que se sustraigan a sus deberes de realizar los aportes a pensiones; así fue precisado en Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral que sobre el particular señaló:

> "*En lo que corresponde al segundo tema puesto a consideración de esta Sala, es pertinente comenzar por precisarle al recurrente, que la obligación de las administradoras de pensiones en las gestiones de cobro ante la mora en el pago de los aportes al sistema, no se concibió en la sentencia CSJ SL, 34270 de 22 de julio de 2008, pues como se sabe, fue prevista por el legislador a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y, concretamente para el ISS, desde mucho antes, tal y como se estableció en el Decreto 2665 de 1988 que consagró el reglamento general de sanciones, cobranzas y procedimiento del Instituto de Seguros Sociales, de modo que para eximirse de la responsabilidad que le corresponde, mal puede ahora argumentar que estaba en la imposibilidad jurídica de cumplir con sus obligaciones, porque desconocía dicha orientación jurisprudencial que, por demás, es anterior a la sentencia que confuta*
> *(...)*

---

[7] Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 17 de junio de 2004. Expediente 14452, C.P. GIRALDO GÓMEZ María Elena.

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 17 de julio de 2014, número de expediente 25000232400020070076, Consejero Ponente VELILLA MORRENO, Marco Antonio.

> *Debe asimismo reiterar la Sala, que la cotización al sistema de pensiones se causa y es consecuencia inmediata de la prestación personal del servicio, de manera que en el pago y recaudo de aportes tienen obligación empleadores y administradoras, sin que su desidia pueda afectar los derechos a la seguridad social del trabajador o de sus beneficiarios, por causa no imputables a él. (CSJ SL15980- 2016).*"[9]

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso, dentro de las pretensiones encaminadas a reliquidar por concepto de pensión le solicito al Despacho que se acoja la excepción denominada "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*". Ya que llevado a cabo el respectivo análisis jurídico se tiene que el presunto daño invocado por el demandante, se encuentra contenido en el procedimiento surtido por EL INTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, que culminó con la expedición de los actos administrativos demandados donde está vertida la manifestación de voluntad de dicha Entidad en cuanto a la no reliquidación de los aportes a pensión, frente al cual el Ministerio de Relaciones Exteriores, no tiene competencia, como tampoco responsabilidad jurídica, dado que se trata de actuaciones del resorte de la misma.

En ese sentido vale la pena resaltar el pronunciamiento llevado a cabo por la H. Corte Constitucional, la cual mediante sentencia Auto del 8 de marzo de 2001 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), mencionó lo siguiente:

> *"Acorde con los principios básicos del derecho procesal, especialmente con el denominado "legitimidad en la causa por pasiva", las obligaciones jurídicas son exigibles respecto de quien se encuentra expresamente llamado por la ley o el contrato a responder por ellas. Así las cosas, para que la acción judicial se abra camino en términos de favorabilidad, es necesario que - además de que se cumplan otros requisitos- exista una coincidencia de derecho entre el titular de la obligación pretendida y el sujeto frente a quien dicha conducta se reclama. La incongruencia o falta de identidad entre dichos sujetos, conduce usualmente al proferimiento de sentencias desestimatorias (...)".*
>
> Así las cosas, resulta claro que el Ministerio de Relaciones Exteriores, no profirió los actos administrativos objeto de la presente acción de Medios de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lo anterior se demuestra frente a los elementos de orden fáctico señalados por el apoderado de la parte actora, que señalan quien expidió los actos administrativos objeto de controversia, valiendo la pena reiterar que dichos actos administrativos no fueron proferidos por funcionario alguno del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Aplicación del Decreto 2106 de 2019

Debe tenerse en cuenta, que con la entrada en vigencia del Decreto 2106 de 2019, es innecesario llamar al Ministerio de Relaciones Exteriores dentro del presente asunto como ex empleador, puesto que el articulo 40 de la norma citada señala que son las Administradoras de Pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quienes deben realizar el cobró de dichos aportes, ya no por vía de cobro coactivo, sino que directamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suprimiéndose el cobro a las entidades públicas del orden nacional que formen parte del Presupuesto General de la Nación, dicha normativa señala:

---

[9] Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL17488/201647290 del 23 de noviembre de 2016., M.P. DUEÑAS QUEVEDO Clara Cecilia.

Artículo 40. Supresión de Obligaciones de las entidades públicas que formen parte del Presupuesto General de la Nación y la UGPP, o Colpensiones. Se adiciona un parágrafo al artículo 17 de la Ley 100 de 1993, así:

"Parágrafo. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), suprimirán los trámites y procedimientos de cobro de las deudas a cargo de las entidades públicas del orden nacional que formen parte del Presupuesto General de la Nación, obligadas a pagar aportes patronales al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, originadas en reliquidaciones y ajustes pensionales derivados de fallos ejecutoriados, que hayan ordenado la inclusión de factores salariales no contemplados en el ingreso base de cotización previsto en la normatividad vigente al momento del reconocimiento de la pensión.

En todo caso las entidades de que trata esta disposición efectuarán los respectivos reconocimientos contables y las correspondientes anotaciones en sus estados financieros. Los demás cobros que deban realizarse en materia de reliquidación pensional como consecuencia de una sentencia judicial deberán efectuarse con base en la metodología actuarial que se establezca para el efecto por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público."

Conforme lo anterior dicha normativa, con la intención de descongestionar no solo el aparato judicial, sino también para simplificar y agilizar los trámites a los usuarios, dejan en cabeza de las Administradoras de Pensiones y el Ministerio de Hacienda, el traslado de recursos para financiar las mesadas pensionales que por vía de sentencia judicial deban ser reliquidadas, sin que dicha responsabilidad pueda ser trasferida a las entidades públicas que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, como en este caso el Ministerio de Relaciones Exteriores.

4 EXCEPCIÒN FRENTE A LAS RELIQUIDACIONES DE LAS PENSIONES DE LOS PERÍODOS COMPRENDIDOS ENTRE EL 18 OCTUBRE DE 1994 AL 3 DE JULIO DEL 2000.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 20 estableció que para efectos del cálculo del ingreso base de cotización de los funcionarios que prestaban sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se tomaría como base la asignación básica mensual y los factores salariales establecidos en las normas vigentes para los cargos equivalentes de la planta interna, cuya figura de equivalencias se encontraba contenida en el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 "*Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular*".

Conforme a lo anterior, a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y conforme al tenor de la excepción contenida en la misma, las cotizaciones para pensión de los servidores de la planta externa se empezaron a efectuar con base en el salario devengado por un funcionario en el cargo equivalente en el servicio interno y para los servidores que laboraban al interior del país, se dio cabal aplicación a la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Así las cosas, es evidente que los aportes por concepto de pensión, en entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se efectuaron conforme a las normas especiales que los regulaban, específicamente el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, esto es, el pago de los aportes pensionales de acuerdo con el salario equivalente en la planta interna, criterio que fue retomado posteriormente por el Decreto 1181 de 1999 y más adelante por la Ley 797 de 2003.

Posteriormente y en virtud de lo dispuesto en la sentencia C173 de 2004, las cotizaciones a pensión de los servidores que desempeñaban en la planta externa de la entidad se efectuaron a los fondos de pensiones Cajanal, ISS y Colpensiones tomando como ingreso base de cotización el salario realmente devengado.

5.1 COBRO DE LO NO DEBIDO FRENTE A LOS APORTES PENSIONALES.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigor a partir del 1 de abril de 1994, en relación con el monto de cotización para los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, no advirtió regla alguna en el caso en concreto.

Sin embargo, es claro que al existir una norma especial que regulaba lo concerniente a los criterios para liquidar las prestaciones de los funcionarios del Ministerio que prestaban sus servicios en el exterior, contenida en el artículo 57 del Decreto- Ley 10 de 1992, la Cancillería realizó el pago de los aportes pensionales de acuerdo con el salario equivalente.

Aunado a lo anterior, el Gobierno Nacional a través del Decreto 1181 de 1999, trajo nuevamente los criterios a través de los cuales se efectuaría el pago de las prestaciones sociales de los funcionarios de planta externa, y de manera específica, advirtió lo relacionado al ingreso base de cotización para efecto del pago a pensión, salud y riesgos profesionales en su momento, así:

"Artículo 65. Ingreso base de cotización. ***El ingreso base de cotización a los sistemas de pensiones****, salud y riesgos profesionales del sistema de seguridad social integral,* ***de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular****, se regulará así:*

a) Cuando por virtud de la alternación o de comisiones, excepto la de servicios, ***el funcionario se encontrare en el exterior, el ingreso base de cotización será la asignación básica mensual que le correspondiere al funcionario en planta interna****, salvo lo previsto en el literal d) del artículo 64 de este estatuto.*

(...)". (Negrilla fuera del texto)

Lo anterior denota que, aun cuando existía una norma que reglaba específicamente lo relativo al Sistema de Seguridad Social Integral, tanto para el sector privado como para el público, cómo en este caso, lo hizo la Ley 100 de 1993, existían disposiciones que establecían un trato diferente para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Corolario de lo anterior, se observa que el mismo Decreto 1181 de 1999, en su artículo 66, reprodujo los supuestos de la equivalencia de cargos, así:

"Artículo 66. Liquidación de prestaciones sociales. Las prestaciones sociales de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular se liquidarán y se pagarán con base en la asignación básica mensual que correspondiere en planta interna".

De lo anterior se puede concluir que, si bien esta disposición fue posterior a la promulgación de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que, reprodujo un supuesto establecido en la legislación reglamentaria del Ministerio de Relaciones Exteriores y de manera exclusiva determinó que el monto de cotización para los funcionarios de su planta externa se tomaría del equivalente de un cargo en la planta interna de la misma entidad.

Cabe resaltar que, la anterior disposición fue objeto de demanda de constitucionalidad, situación que dio lugar a la emisión de la sentencia de constitucionalidad C-173 de 2004, que se analizará en lo sucesivo.

Entonces, la liquidación del monto de la cotización a pensión de los funcionarios que prestaron sus servicios en la planta externa del Ministerio, cuyo pago se efectuó de acuerdo a la equivalencia de los salarios en planta externa con los de la interna, se hizo en obediencia a los preceptos legales que establecían las reglas para tales fines. En efecto, el Ministerio no podía sustraerse de cumplir con la ley realizando el pago según otros criterios, esto es, conforme al salario devengado en divisas por parte de tales funcionarios, por existir un obstáculo legal que así se lo impedía y de acuerdo al Principio de Legalidad que rige las actuaciones de la Administración Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Carta Superior y 3° del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

Bajo esta premisa debe advertirse que el Ministerio de Relaciones Exteriores, consciente de la existencia de una normatividad especial para los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, vigente durante el tiempo en que el demandante prestó sus servicios en el exterior, de buena fe y en cumplimiento de las normas vigentes, realizó los pagos de auxilio de cesantía, de conformidad con lo establecido en los artículos 76 del Decreto 2016 de 1968 y el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 según la norma aplicable para cada uno de los períodos liquidados.

La actuación de la entidad siempre se limitó al cumplimiento de las normas de orden público aplicables sobre la materia para el momento en que fueron efectuadas cada una de las liquidaciones de las prestaciones sociales del demandante, pues no era posible desconocer la normativa especial a la que debía ceñirse la entidad al momento de realizar los aportes de seguridad social de sus trabajadores.

5.2 ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA POR PARTE DEL DEMANDANTE

Por medio del presente medio de control se pretende la reliquidación de las demás prestaciones sociales del accionante por el tiempo laborado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo tanto, es pertinente mencionar que, los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores no son destinatarios de las prestaciones sociales contenidas en el Decreto 1042 de 1978, ya que expresamente en su artículo 104, establece:

"Artículo 104°.- De las excepciones a la aplicación de este decreto. Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones:

a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.

b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

c) A los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, salvo lo previsto en el artículo 72.

d) Al personal de las fuerzas militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto-Ley 540 de 1977.

e) El personal de la policía nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.

f) A los empleados del sector técnico-aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

g) A los empleados del Departamento Nacional de Planeación.

h) Al personal carcelario y penitenciario de que trata el Decreto 27 de 1989."

Por lo tanto, al no ser los funcionarios de la planta externa del Ministerio, destinatarios de las prestaciones sociales allí contenidas, no es viable su reconocimiento y pago, pues se trata de un cobro de lo no debido, por inexistencia de la obligación a cargo del demandante.

5 INDEBIDA ACUMULACIÓN DEL PRETENSIONES

En la pretensión de condena, el demandante solicita, al mismo tiempo, la imposición de intereses moratorios y actualización de las cifras solicitadas, de la siguiente manera:

"TERCERO. Como consecuencia de la pretensión primera y a título de restablecimiento del derecho, que se reconozca de acuerdo el art 14 del decreto 162 de 1.969 , un interés moratorio mensual del dos por ciento (2%) sobre las sumas que se generen por la reliquidación de las prestaciones sociales dejadas de percibir en su momento por MI PODERDANTE".

"CUARTO Que las sumas que resulten a favor de mi mandante sean indexadas, es decir actualizadas en su valor, hasta la fecha en que efectivamente sea realizado el pago"

El artículo 165 del CPACA establece lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurran los siguientes requisitos:*
>
> *1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
>
> ***2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.***
>
> *3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
>
> *4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento"* (Destacado fuera del texto).

En el presente caso, hay dos (2) pretensiones la tercera y cuarta que se excluyen entre sí: la solicitud de imposición de intereses moratorios y de actualización de la suma solicitada. En ese sentido, esas pretensiones únicamente serían válidas si se hubiera propuesto como principal y subsidiaria. No obstante, en el presente caso, tal como se puede apreciar, las pretensiones fueron propuestas como principales y por tal motivo existe indebida acumulación de pretensiones.

6. PAGO

Conforme a lo expuesto, se extinguió la obligación de pago de cesantías frente los períodos reclamados por la parte actora, esto, por cuanto en dicho lapso se realizaron las liquidaciones con fundamento en el artículo 76 de 2016 de 1968, norma que fue expedida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y sobre la cual no habría lugar a pronunciamiento alguno de inconstitucionalidad. Esto en atención al principio de irretroactividad, entendida como la imposibilidad genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas, a partir de la entrada en vigencia de una disposición jurídica nueva.

De acuerdo con lo anterior es claro que la obligación se extingue según el Código Civil en los siguientes casos:

> *"**Artículo 1625. Modos de Extinción.** Toda obligación puede extinguirse por una convención en qué las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.*

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

*1). **Por la solución o pago efectivo**.*
2) Por la novación.
3). Por la transacción.
4). Por la remisión.
5) Por la compensación.
6) Por la confusión.
7) Por la pérdida de la cosa que se debe.
8) Por la declaración de nulidad o por la recisión.
9) Por el evento de la condición resolutoria.
10) Por la prescripción.
De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro, de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales." (Destacado fuera de texto)

Ahora bien, frente al pago el Código Civil señala, en su artículo 1626, como definición "*El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.*" Para el caso particular debe tenerse en cuenta que la excepción de pago está llamada a prosperar en tanto se realizaron las liquidaciones de las prestaciones sociales del demandante en estricto cumplimiento de las normas que en su momento estaban amparada por el demandante.

7. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, BUENA FE DE LA ADMINISTRACIÓN, AQUISENCIA DEL DEMANDANTE Y CONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE LA FIGURA DEL SALARIO DEL CARGO EQUIVALENTE EN PLANTA INTERNA COMO FACTOR DE LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES

El capítulo 4 (de la aplicación de los derechos) de la Constitución Política establece en su artículo 83 que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelantan ante estas.

La Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-253 de 1996. M.P: Hernando Herrera Vergara, señala que: *"la buena fe, de conformidad con el artículo 83 de la carta política se presume, y dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente".*

El profesor Guillermo Cabanellas en su diccionario de derecho usual, define la buena fe, como *"modo sincero y justo en que uno procede en los contratos, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra. Confianza en la certeza o verdad de un acto o hecho jurídico".*

Bajo esta premisa debe advertirse que el Ministerio de Relaciones Exteriores, consciente de la existencia de una normatividad especial para los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, vigente durante el tiempo en que el demandante prestó sus servicios en el exterior, de buena fe y en cumplimiento de las normas vigentes, realizó los pagos de auxilio de cesantía, de conformidad con lo establecido en los artículos 76 del Decreto 2016 de 1968 y el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 según la norma aplicable para cada uno de los períodos liquidados.

La actuación de la entidad siempre se limitó al cumplimiento de las normas de orden público aplicables sobre la materia para el momento en que fueron efectuadas cada una de las liquidaciones de las prestaciones sociales del demandante, pues no era posible desconocer la normativa especial a la que debía ceñirse la entidad al momento de realizar los aportes de seguridad social de sus trabajadores.}

8. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR ESPECIALIDAD DEL SERVICIO EXTERIOR

Para efectos de la determinación del salario con base en el cual se pagó el auxilio de cesantía durante el período en que el demandante prestó sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se debe tener en cuenta que los artículos 76 del Decreto 2016 de 1968 y57 del Decreto 10 de 1992, que disponía expresamente que las prestaciones sociales de los funcionarios del Servicio Exterior (planta externa en este régimen) se debían pagar con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio.

En el caso de la norma en cita contemplo "*Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente estatuto y salvo lo previsto en el artículo 66*"

Al existir en el Ministerio de Relaciones Exteriores tanto planta interna como planta externa, lo cual se hace necesario para cumplir su Misión, que no es otra que el desarrollo de la política exterior de la República de Colombia y la asistencia a sus nacionales en el exterior, su funcionamiento requiere ser analizado dentro del marco de las disposiciones especiales que regulan su actividad.

Así mismo, debo anotar que este artículo se constituyó en una disposición que tenía como finalidad garantizar el derecho a la igualdad, bajo el entendido de que la identidad de situaciones en materia pensional y prestacional de los funcionarios públicos debe predicarse respecto de sus iguales condiciones frente a lo que se les reconoce y concede en el territorio de la República de Colombia.

En consecuencia, la determinación de la base de liquidación en materia de asignación básica mensual debía ser concordante con los niveles de remuneración señalados para la generalidad de los funcionarios en el territorio de la República.

Con esta perspectiva y en el caso concreto del servicio exterior, donde coexisten funcionarios que prestan sus servicios en planta externa y en planta interna, la aplicación de los artículos 76 del Decreto 2016 de 1968 y 57 del Decreto Ley 10 de 1992 procuraba un tratamiento equitativo en la medida en que la diferencia de lo devengado por los funcionarios en planta externa obedecía a una específica necesidad relacionada con su situación transitoria en el exterior y como una forma de permitirles a dichos funcionarios sufragar las especiales erogaciones que esta circunstancia coyuntural ocasiona, sin que ello diere lugar a generar condiciones más favorables que las de sus equivalentes en planta interna o, en general, en el país. En este orden de ideas, todos ellos finalmente debían, por razones de igualdad, tener prestaciones también equivalentes, de acuerdo con las escalas de asignaciones básicas que aplican como ingreso base para los servidores públicos.

En consecuencia, la demanda carece de fundamento en cuanto olvida la existencia del Régimen Especial que era aplicable al demandante y consiguientemente al haberse cumplido por el Ministerio sus obligaciones dentro del marco legal, no existe el derecho reclamado por el actor.

9. IMPROCEDENCIA DE PAGO DE INDEXACIÓN E INTERES ALGUNO RESPECTO DEL AUXILIO DE CESANTIAS

En el presente caso y en el remoto evento en que se condene a mi prohijado a pagar alguna suma de dinero, se debe reiterar que no existió renuencia y/o mora por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores al momento de liquidar y pagar el auxilio de cesantías, tal como se acredita con la certificación allegada con la contestación de la demanda.

Así las cosas, no hay lugar al pago de sanción o interés que compense mora alguna, dado que el Ministerio cumplió con sus obligaciones como empleador dando aplicación a la normatividad vigente, al momento de realizar cada una de las liquidaciones de las cesantías para cada período en los que el demandante estuvo vinculado con el Ministerio de Relaciones Exteriores. En ningún momento lo

pretendido hoy por el demandante obedeció a actuaciones indebidas de mi prohijado por culpa, negligencia o mala fe, sino que se soporta en la declaratoria de inexequibilidad de las normas que sirvieron de sustento para dichas liquidaciones para los funcionarios de la planta externa. Además, se insiste que la Corte Constitucional en la sentencia C-535 de 2005, lo que dispuso fue la reliquidación del auxilio de cesantía conforme a lo realmente devengado por los funcionarios de la planta externa.

Por lo anterior y en el evento en que el Ministerio de Relaciones Exteriores resultare condenado a pagar alguna suma de dinero, debe tenerse en cuenta que nunca actuó de manera temeraria o de mala fe y por ende no habrá lugar al pago de ningún tipo de interés e indemnización, tal como lo solicita el apoderado del demandante, dado que siempre procedió dentro de la legalidad y manera diligente.

Adicionalmente, según las voces del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 21 de octubre de 2011 *"lo que se sanciona es la negligencia de la entidad en efectuar los trámites tendientes a la satisfacción de la obligación. Pero si la entidad, con razones jurídicamente admisibles, argumenta la inexistencia del derecho y, previendo el pago de sumas a las que no existe el derecho, deja a disposición del administrado la vía judicial, no parece que le impute mora en el pago. (...)".* En este caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores no se sustrajo del deber de liquidar y pagar, las cesantías del actor, sino que, por el contrario, actuó con fundamento en las normas vigentes para la época, como es los artículos 76 del Decreto 2016 de 1968 y 57 de la Decreto Ley 10 de 1992, que en términos generales disponían la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, con base en las asignaciones del cargo equivalente en planta interna.

10. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 57 DEL DECRETO LEY 10 DE 1992

En relación con este aspecto resulta pertinente traer a colación lo sostenido por la H corte constitucional en sentencia C 535 de 2005, en la que expresamente señaló:

"1. *Acerca de la vigencia del decreto 10 de 1992.*
En primer lugar, la corte debe indicar que el decreto ley 10 de 1992 fue derogado por el decreto 1181 de 1999. En efecto, este decreto, por el cual se regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular, proferido por el presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 120, numeral 5, de la ley 489 de 1998, en su artículo 95 dispuso lo siguiente:

Artículo 95. Vigencia, el presente decreto tiene vigencia a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el decreto 1111 de 1995.
Además, el decreto 274 de 2000, por el cual se regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular, dispuso en el artículo 96:

Artículo 96. Vigencia. El presente decreto tiene vigencia a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el decreto 10 de 1992 y el decreto 1111 de 1995.

De acuerdo con esto, entonces, la demanda se dirige contra un artículo que hace parte de un decreto ley derogado y ante esto, en principio, no puede haber lugar a pronunciamiento alguno de esta corporación. Sin embargo, es claro que la disposición acusada, no obstante su derogatoria, continúa produciendo efectos jurídicos, esto es así por las siguientes razones:

Esta corporación, mediante sentencia C 292 de 2001, declaro inexequibles los artículos 65 y 66 del decreto 274 de 2000, que decían:
(...)

***ARTÍCULO 66: LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES**: las prestaciones sociales de los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular se liquidaran y se pagaran con base en la asignación básica mensual y en los conceptos laborales legalmente reconocidos como factores de salario, que le corresponden en la planta interna.*

Ante esta decisión, el Ministerio de Relaciones Exteriores optó por aplicar, respecto de estos puntos, los decretos 10 de 1992 y 1111 de 1995, con base en los siguientes argumentos planteados en la comunicación No 5423 del 01 de marzo de 2002:

(...) se observa entonces que al haberse declarado inexequible los artículos 65, 66 y otros del decreto 274 de 2000, bajo la óptica de la lógica jurídica, los decretos 10 de 1992 y 1111 de 1995, automáticamente gozaran de una presunción de legalidad, por lo que a juicio de esta dirección, sería posible seguir aplicando los descuentos a dichos funcionarios, con base en las equivalencias previstas en cada uno de ellos.
Además de o anterior, en los decretos de liquidación de las leyes 574 de 1999, 628 de 2000 y 714 de 2001, se ha venido incluyendo una disposición, que determina que para el cálculo de los aportes de los funcionarios del servicio exterior se tomara como base de liquidación el sueldo básico del cargo equivalente en planta interna.

De lo expuesto se infiere que si bien el artículo 57 del decreto 10 de 1992 fue derogado, el puede estar produciendo efectos jurídicos pues ante la declaratoria de inexequibilidad de los articulo 65 y 66 del decreto 274 de 2000, el ministerio de relaciones exteriores resolvió darle aplicación, por lo tanto, al tratarse de una disposición derogada que puede estar produciendo efectos jurídicos, hay lugar a un pronunciamiento de fondo de esta corporación.

Con fundamento en lo anterior, se advierte que la referida disposición, con base en la cual se realizaron los pagos del auxilio de cesantía del demandante durante su permanencia en la plante externa del ministerio de relaciones exteriores, estaba vigente y en consecuencia los pagos realizados estuvieron acorde con la normatividad legal aplicable en su momento, la cual gozaba de presunción de legalidad y en consecuencia los pagos realizados se ajustaron al ordenamiento jurídico, razón por la cual no le asiste razón al actor al pretender que se paguen en forma distinta, máxime si se advierte que en la sentencia nulidad la corte constitucional no le concedió efectos retroactivos a la determinación allí adoptada."

Debe precisarse igualmente, que conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la ley estatutaria de la administración de justicia, las sentencias de la corte constitucional, tienen efectos hacia el futuro, al menos que la Corte disponga otro efecto, y en consecuencia las determinaciones contenidas en la sentencia C 535 de 2005, al no disponer un efecto especial diferente, surte efectos hacia el futuro y así, ella no pueda aplicarse legalmente a situaciones consumadas en vigencia del artículo 57 de decreto 10 de 1992.

Aplicando los conceptos y conclusiones precedentes al caso consultado por el señor Ministro de Hacienda, el Consejo de Estado considera que la derogatoria que hizo el Decreto ley número 700 de 1954 de preceptos pertenecientes a otros estatutos, debe tenerse por no hecha desde la fecha de ejecutoria del fallo de la Corte que declaró la inexequibilidad de tal decreto, y que, en consecuencia, tales normas deben aplicarse mientras no hubiesen sido derogadas por otros decretos-leyes no declarados inexequibles, o hasta cuando se cumpla la previsión contenida en el artículo 2º de la Ley 2ª de 1958."

Estos antecedentes coincidían además con las tesis sostenidas por la doctrina coetánea en el derecho comparado. Así, Mauro Cappelletti, basándose en la Constitución Italiana, que contiene un ordenamiento similar al colombiano, opinó:

"Una vez pronunciada la sentencia de inconstitucionalidad, la ley respectiva es privada de efectos de manera general, ni más ni menos que si hubiere sido abrogada por una ley posterior y por el contrario, recuperan su vigencia las disposiciones legislativas anteriores a la ley de inconstitucionalidad".

Como antecedente legislativo están los artículos 123 del Decreto ley 1675 de 1964, 155 del Decreto 294 de 1973 y el artículo 83 de la Ley 38 de 1989. Dice este último:

> *"Si la Corte Suprema de Justicia declarare inexequible la ley que aprueba el presupuesto general de la nación en su conjunto, continuará rigiendo el presupuesto del año anterior, repetido de acuerdo con las normas del presente Estatuto.*
>
> *"La misma norma se aplicará en caso de suspensión provisional de una o varias apropiaciones de la ley o del decreto."*

En el mismo tenor están los otros dos artículos, antes citados.

Tales normas recogieron entonces los conceptos del Consejo de Estado y luego la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Es entonces la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional la continuación de una doctrina nacional, elaborada desde 1958 por el Consejo de Estado, reiterada en 1961. Esta tradición fue recogida en normas legales, (artículos 123 del Decreto ley 1675 de 1964, 155 del Decreto 294 de 1973 y 83 de la Ley 38 de 1989) y adoptada en 1982 por la Corte Suprema de Justicia. Es pues un pensamiento Jurídico coherente con la teoría constitucional colombiana.

De acuerdo con ello, como la Corte declaró la inexequibilidad del artículo 47 de la Ley 640 de 2001, el parágrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 se ha reincorporado al ordenamiento jurídico y en esas condiciones esta Corporación puede ejercer su jurisdicción constitucional sobre esa norma.

Debe también señalarse en este punto que jamás durante la vigencia de su vinculación con el Ministerio el demandante cuestiono la liquidación de sus aportes de la seguridad social, pues como funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Se reitera entonces que no hubo violación de las disposiciones sobre seguridad social, si se tiene en cuenta que siempre el Ministerio, dio aplicación a las normas especiales que regularon la materia frente a los funcionarios del servicio exterior y no podía exigírsele que presumiera el contenido de las decisiones de la H. Corte Constitucional proferidas con posterioridad a la expedición del Decreto 274 de 2000, además de que la declaratoria de inexequibilidad, solo tiene efectos hacia el futuro.

Por lo anterior debe desestimarse la censura realizada por el actor en este aspecto.

PETICIÓN

PRIMERA: Solicito a su Señoría, por las anteriores razones y las expuestas en la contestación de la demanda, denegar las súplicas de la demanda por carecer de sustento fáctico y jurídico.

SEGUNDA: Aunado a lo anterior, me permito solicitar que se condene en costas a la parte demandante según lo establecido por el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PRUEBAS

Respetuosamente solicito se decreten y se practiquen las siguientes pruebas:

Las documentales que se anexan a la presente contestación y que corresponden al expediente administrativo del demandante relativo a la anulación de los actos demandados, entre otros, así:

1. Certificación de cargos y períodos desempeñados por el actor en el Ministerio de Relaciones Exteriores.
2. Copia de los actos administrativos de liquidación de cesantías del actor.
3. Copia del formulario de CESANTIA DEFINITIVA.
4. Certificación emitida por la Coordinación del Grupo de Nomina y Prestaciones Sociales sobre los montos girados al Fondo Nacional del Ahorro por concepto de cesantías.

A LA CUANTIA DE LA DEMANDA

No es una Solicitud es una mera expectativa, y está condicionada al resultado del proceso.

ANEXOS

1. Copia del poder debidamente conferido.
2. Acto de nombramiento y posesión del doctor José Vicente Cifuentes Salazar, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores.
3. Resolución 1222 del 2 de abril de 2020, por medio de la cual se delega algunas funciones al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica Interna, vigente actualmente.
4. Expediente administrativo Mario Galofe Cano .

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones personales en la Secretaría de su Despacho y en la Carrera 6 No. 9-46 Piso 4º Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores. Dirección electrónica: judicial@cancilleria.gov.co. Teléfonos 3814000 Extensiones 1584 y 1268.

De su Señoría, con el debido respeto

ANNIE JULIETH RODRÍGUEZ NÚÑEZ
C.C. No. 1.022.409.980 de Bogotá D.C.
T.P. No 325.257 del C.S.J.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2018 - 1373

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

132

OFI20-00010307

Bogotá D.C. jueves, 23 de abril de 2020

Honorable Magistrado
LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
SECCION SEGUNDA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
Bogotá D.C.

Radicado:	**25000234200020180137300**
Acción:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**JORGE ALJANDRO RODRÍGUEZ RUÍZ**
Demandado:	**UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION - UNP**
Asunto:	**Contestación Demanda**

JEYSON EDUARDO VARGAS SUAREZ, abogado titulado y en ejercicio, portadora de la tarjeta de profesional 205.168 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliado en el municipio de Bogotá e identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderado de la Unidad Nacional de Protección –UNP-, de acuerdo a las facultades otorgadas en el poder que anexo, entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio del Interior y creada mediante Decreto 4065 de octubre 31 de 2011 y en defensa de la UNP en todo lo relacionado con el proceso de la referencia, me permito dar **contestación** a la demanda dentro del término legal, en los siguientes términos:

I. FRENTE A LOS HECHOS:

En cuanto a los hechos descritos en la demanda, me atengo a lo que resulte probado dentro del proceso y a lo que disponga la ley en materia sustancial y procesal, siempre y cuando guarde relación con el asunto objeto de la misma y las Funciones de la Entidad. Además, se deben acreditar con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

1. Es cierto, aclarando que conforme a lo informado por la Subdirección de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección., resaltando que por disposición del Decreto 4067 del 31 de Octubre de 2011 para efectos incorporación directa de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en los cargos creados en la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección, UNP, se hace necesario establecer las siguientes equivalencias, entre la nomenclatura y clasificación de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y la fijada en el sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos públicos de la rama ejecutiva nacional, aplicable a la Unidad Nacional de Protección, UNP y determinar aspectos salariales y prestacionales aplicables a los empleados de la Unidad Nacional de Protección, UNP, que sean incorporados, así:

NIVEL TÉCNICO

SITUACION ANTERIOR EN EL DAS			SITUACION NUEVA EN LA UNP		
DENOMINACION DEL EMPLEO	CODIGO	GRADO	DENOMINACION DEL EMPLEO	CODIGO	GRADO
DETECTIVE PROFESIONAL	207	09	OFICIAL DE PROTECCIÓN	3137	13

Es decir, de los antecedentes administrativos se puede establecer que fue nombrado a la planta global del DAS al área operativa como detective agente 207- 09, debido al proceso de incorporación, ordenada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4067 de 2011 paso en estricta sujeción a la UNP, al cargo de Oficial de Protección CÓDIGO 3137 GRADO 13., es decir, el cargo que actualmente ostenta es el equivalente al ordenado por el Gobierno Nacional.

2. No es cierto, además es un hecho completamente subjetivo, no claro, cuando relaciona que su actividad es de alto riesgo no fundamenta si es para acreditar su derecho pensional como lo establece la ley 100 de 1993 y su reforma de la Ley 860 de 2003 o hace alusión a lo establecido por el decreto 2646 de 1994, donde se otorgó una prima de riesgo para algunos funcionarios adscritos al DAS debido a las actividades desarrolladas y, que de acuerdo al decreto no constituía factor salarial.

"Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual."

"La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994."

Por otra parte, si lo que desea es el derecho pensional, es de resaltar que la Unidad Nacional de Protección no es Entidad que pensiona a su personal ya que para ello debe acreditar que el servidor se encuentra afiliado a un Fondo de Pensiones, que para el caso, sería ante COLPENSIONES, por otra parte no le asiste razón jurídica para establecer que la Unidad debe realizar cotización especial y pago al fondo de pensiones para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a actividad de alto riesgo, cuando no existe en el ordenamiento jurídico, norma o marco normativo que contemple que la Unidad Nacional de Protección, deba efectuar estas cotizaciones especiales.

3. Es parcialmente cierto, basados en el artículo 13 del Decreto 1932 de 1989, aclarando que la prima de riesgo de acuerdo con lo establecido en el decreto 2646 de 1994, no es factor salarial, así como tampoco lo es, el reconocimiento de trabajo suplementario., frente a las cotizaciones especiales al sistema pensional, no existe marco normativo que establezca que la Unidad Nacional de Protección deba realizar estas cotizaciones al personal que labora en su planta global.

4. Es cierto, aclarando que en su momento como empleada del extinto DAS y de acuerdo a los documentos y pruebas, su vinculación fue a lo establecido en el artículo 4 numeral 2 de la Ley 909 de 2004.

5. Parcialmente cierto, aclarando que mediante el decreto 4057 de 2011 el Gobierno Nacional suprime el Das, no lo liquida.

6. No es cierto, por cuanto la distribución de personal del DAS se debió al traslado de funciones de acuerdo con lo prescrito en el artículo 3 del Decreto 4057 de 2011, así:

"Artículo 3°. Traslado de funciones. Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2°, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

3.1. Las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros de que trata el numeral 10 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 y las demás disposiciones sobre la materia, se trasladan a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, que se creará en decreto separado.

3.2. La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política.

3.3. La función comprendida en el numeral 12 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

Una vez culminado el proceso de incorporación de los servidores del DAS necesarios para la prestación del servicio a la planta de personal del Ministerio de Defensa Policía Nacional, así como el traslado de los elementos, bienes y equipos, las autoridades judiciales continuarán remitiendo los informes y avisos necesarios para que el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional mantenga actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.

El Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional garantizará que la información contenida en las bases de datos mantenga los niveles de seguridad requeridos de acuerdo a su naturaleza.

Igualmente, en desarrollo de esta función el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional deberá garantizar el acceso y consulta a la información en línea a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial y autoridades administrativas que en razón a sus funciones y competencias lo requieran; los titulares de los datos tendrán acceso a la información correspondiente a su certificado Judicial en los mismos términos y condiciones señalados en las normas vigentes.

3.4. **La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado.**

"ARTICULO 4: Supresión de empleos y proceso de incorporación. El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011.

Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto.

Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). *Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.*

Los servidores que no sean incorporados a los empleos de las entidades receptoras permanecerán en la planta de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión hasta el cierre de la misma si acreditan las condiciones de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximos a pensionarse señaladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

Los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley 790 de 2002 se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Parágrafo. Para efectos de la desvinculación del personal que goza de la garantía del fuero sindical, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidos en las normas que rigen la materia. Los procesos tendientes a obtener permiso para retirar al empleado amparado con el fuero sindical deberán adelantarse dentro de los términos establecidos en la ley y los jueces laborales con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta."

7. Es cierto de acuerdo a la Resolución de incorporación No. 0044 del 27 de diciembre de 2011 con carácter provisional y al acta de posesión de fecha 1 de enero de 2012 La Unidad incorpora al señor RODRIGUEZ a la planta global de la UNP, en el cargo de Oficial de Protección código 3137 grado 13, al tenor de lo prescrito en los Decretos 4066 y 4067 de 2011; sin solución de continuidad. Es decir, ajustándose a la equivalencia y con los respectivos derechos salariales y prestacionales ordenados por el Gobierno Nacional.

8. No nos consta por cuanto es una disposición del Gobierno Nacional bajo los postulados constitucionales y legales, basados en el acto legislativo 01 de 2005 que elimino regímenes especiales de carrera., frente a la cotización especial regulada en la Ley 860 de 2003, obligaba al DAS a realizar dichos pagos hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha en la cual este funcionario fue vinculado a la Unidad Nacional de Protección y atendiendo lo reglado en el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011, determino con claridad que el régimen salarial y prestacional de los funcionarios del extinto DAS, sería el que rija en la entidad receptora, que para el caso, se encuentra como probado que el señor RODRÍGUEZ RUIZ, al ser incorporado a la Unidad Nacional de Protección se acogió éste régimen salarial y prestacional, además es notorio que de acuerdo a dicha disposición, la prima de riesgo fue incorporada al salario y se le reconoce una bonificación por compensación.

   Finalmente, la normatividad vigente que regula la pensión de vejez por alto riesgo no determina como beneficiarios o como actividades riesgosas las ejercidas por los agentes u oficiales de protección de la Unidad Nacional de Protección.

9. No es un hecho, es una apreciación subjetiva de la parte actora que para el presente asunto no guarda consonancia a las pretensiones de la presente litis., por cuanto fue una disposición del

Gobierno Nacional que se sale de la órbita de la Unidad, pero que no corresponde con la realidad jurídica ya que de acuerdo con lo Dispuesto por el decreto 4057 de 2011 si se respetó su régimen de carrera.

"Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad" (artículo 6 del Decreto 4057 de 2011).

También a lo contemplado en el Artículo 2° del Decreto 4067 de 2011 "*Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a quienes se les suprima el empleo como consecuencia de la Supresión del Departamento y cuya incorporación se ordena en los empleos creados en la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección, UNP,* ***serán incorporados con estricta sujeción a las equivalencias establecidas en el artículo 1° del presente decreto,*** *sin que se les exijan requisitos adicionales a los acreditados en el momento de su posesión del cargo del cual eran titulares.*

La aplicación de estas equivalencias no conlleva la pérdida de los derechos de carrera para quien los acredite, ni afecta los procesos de selección en curso."

10. No es un hecho que guarde consonancia con las pretensiones de la presente demanda, aclarando que de acuerdo con la Constitución Política, ésta le faculta al gobierno Nacional para expedir decretos y si los ciudadanos no están de acuerdo, deben iniciar la acción de nulidad por inconstitucionalidad; para el presente caso, no guarda relación con la causa pretendí, pero de igual manera resaltando lo expuesto en el hecho anterior, se puede establecer que dicha situación no causo medidas regresivas o vulneración a normas superiores.

11. No nos consta, además es un argumento subjetivo por parte del actor, competencia y voluntad del Gobierno Nacional que no guarda relación con las pretensiones de la demanda aclarando que con la aplicación al artículo 6º del Decreto Ley 4057 de 2011 que, como se indicó anteriormente, hace alusión a la supresión de empleos y proceso de incorporación de los exservidores del extinto DAS tuvo cabal cumplimiento por parte de esta Unidad. Lo anterior por cuanto no se trata de una *"homologación"* de empleos, sino que de conformidad con el Decreto 4067 de 2011, es una equivalencia entre la nomenclatura y clasificación de empleos del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y la fijada en el sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos públicos de la rama ejecutiva nacional, aplicable a la Unidad Nacional de Protección, UNP *(Situación anterior – DAS y Situación Nueva – UNP)*, la cual se materializó mediante Resolución 0044 de 27 de diciembre de 2011, expedida por el Director General de la Unidad Nacional de Protección.

Por otra parte, resaltar que dicho personal de acuerdo con lo ordenado en el Decreto 4067 de 2011 establecido lo siguiente:

> ***Artículo 2°.*** *Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a quienes se les suprima el empleo como consecuencia de la Supresión del Departamento y cuya incorporación se ordena en los empleos creados en la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección, UNP, serán incorporados con estricta sujeción a las equivalencias establecidas en el artículo 1° del presente decreto, sin que se les exijan requisitos adicionales a los acreditados en el momento de su posesión del cargo del cual eran titulares.*

La aplicación de estas equivalencias no conlleva la pérdida de los derechos de carrera para quien los acredite, ni afecta los procesos de selección en curso.

Parágrafo. *De conformidad con lo señalado en el decreto de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias establecidas en el artículo anterior, la asignación mensual de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del DAS comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a la vigencia del presente decreto.*

En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica mensual inferior a la asignación mensual que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una ***bonificación mensual por compensación*** *que constituye factor salarial para todos los efectos legales.*

Artículo 3°. *Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, incorporados en la Unidad Nacional de Protección, UNP, conservarán los beneficios salariales y prestacionales que venían percibiendo, con excepción de la prima de riesgo que quedó incorporada a la asignación básica y a la bonificación especial por compensación, hasta su retiro de la entidad.*

Por otra parte, basados en lo prescrito en el articulo 20 del Decreto 4065 de 2011, es evidente que el régimen de carrera, de clasificación y de administración de personal, es el régimen general, así:

"ARTÍCULO 20. Planta de personal. De conformidad con la estructura prevista por el presente decreto el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades señaladas en el artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998, procederá a adoptar la planta de personal necesaria para el debido y correcto funcionamiento de la Unidad Nacional de Protección.

A los empleados de la Unidad se les aplicará el régimen general de carrera administrativa, de clasificación y de administración de personal".

12. No es cierto, por cuanto como se expuso en el Decreto 4067 de 2011, se decretaron equivalencias entre nomenclatura y clasificación de empleos, siendo así, está demostrado que el demandante ostentaba como último cargo en el extinto DAS el de Detective Profesional código 207 grado 09, en carrera y basados a lo ordenando en el Decreto ibidem, paso a la Unidad Nacional de Protección al de Oficial de protección Código 3137 grado 13, es decir, su proceso de incorporación ajustado a la equivalencia ordenada por el decreto 4067 de 2011.

13. No es cierto, ya que como se expuso en el hecho anterior, la Unidad Nacional de Protección se ajustó a lo ordenado por el decreto 4067 de 2011, donde el gobierno Nacional dispuso la equivalencia de empleos., es de resaltar que no le asiste derecho a la parte actora para que dentro de la presente demanda, solicite un cargo diferente al que quedo establecido en el Decreto, ya si quiere aspirar a un acenso debe aplicar mediante concurso de mérito, por otra parte, no se puede olvidar, que incumbe a la parte actora probar cada supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y para el presente hecho no existe pruebas fácticas ni jurídicas que lo respalden.

14. No es cierto, por cuanto no existe prueba que demuestre que en efecto la demandante acredito trabajo suplementario y que la Unidad no le reconoció dicho derecho, más aún cuando no especifica cual fue el tiempo laborado de más y en que espacios de tiempo los realizo y quien le autorizo trabajar horas extras o dominicales o festivas, resaltando de igual manera que de acuerdo con lo establecido en el parágrafo único del artículo 12 del Decreto 1932 de 1989 se estableció lo siguiente:

> ***Parágrafo.*** *Por la naturaleza del servicio que prestan los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este articulo o en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de horas extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma prevista por el artículo 68 del Decreto 512 de 1989.*

Anterior norma aplicable al presente caso por cuanto de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del Decreto 4065 de 2011 estableció que las normas que se aplicaban al DAS únicamente para el proceso de funcionamiento y que siguen vigentes por ser normas especiales se continúan aplicando, así:

> ***Artículo 24.*** Referencias Normativas. *Las referencias que hagan las disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y al Programa de Protección del Ministerio del Interior, que tengan relación con las funciones expresadas en el presente Decreto, deben entenderse referidas a la Unidad Nacional de Protección,*
>
> *De igual forma, las referencias que hagan las disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad y al Programa de Protección del Ministerio del Interior como asistente, integrante o miembro de Consejos, Comisiones, Juntas, Mesas u otras instancias de deliberación, relacionadas con las funciones que en el presente Decreto se mencionan, deben entenderse referidas a la Unidad Nacional de Protección.*

15. No nos consta, por cuanto el hecho está relacionado con el extinto DAS, pero es algo completamente ilógico que una persona labore 20 horas diarias los siete días de la semana, no podemos olvidar que existe la obligación legal de ajustar nuestros hechos y pretensiones bajo los postulados de la buena fe y sin temeridad, sin embargo, me atengo a lo que se pruebe de acuerdo con lo establecido en el artículo 167 del CGP.

16. No nos consta, por cuanto relaciona al extinto DAS, motivo por el cual nos atenemos a lo que se pruebe y a lo acreditado según a la documental que obra en sus antecedentes administrativos.

17. No es cierto, ya que como se ha venido sustentando la Unidad Nacional de Protección no reemplazo al DAS, es una entidad Nueva que asumió unas funciones y de acuerdo con ello el Gobierno Nacional mediante el decreto 4067 de 2011 ordeno la incorporación de algunos de esos empleados a la planta de personal.

18. Es cierto, de acuerdo con la documental aportada por la parte actora y a los antecedentes administrativos.

19. Es cierto, resaltando que frente a la reclamación que adelanto el apoderado LUIS EDUARDO PINEDA PALOMINO, la subdirección de talento humano de la UNP, emitió por la empresa de correo DEPRISA el oficio 00000981 de fecha 20 de enero de 2015 a la calle 19 No. 4-77 oficina 603.

20. Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos por el apoderado de la parte actora resaltando que en efecto mediante el OFI15-0001151 de fecha 21 de enero de 2015 se allego el acto administrativo OFI15-00000981 en donde se da respuesta a tres peticiones presentadas por el apoderado de la parte actora Luis Eduardo Pineda Palomino.

21. No es cierto, ya que existe prueba que la Subdireccion de Talento humano de la Unidad remitió la respuesta a la dirección aportada en los derechos de petición la cual corresponde a la oficina del Abogado PINEDA PALOMINO y la cual se materializo a través de la empresa de correo DEPRISA con la guía No. 999016115563.

22. No es cierto, como puede evidenciarse la misma parte actora manifiesta en el hecho 20 que le fue enviado el acto administrativo demandado y ahora se contradice manifestando que no le fue enviada la respuesta, siendo lo probado que en efecto existe la guía No. 999016115563 de la empresa DEPRISA, a través de la cual se envió la respuesta a los derechos de petición que habian radicado en la UNP y, legalmente para comunicar una respuesta a un derecho de petición, la misma, se hace a la dirección que expuso en el derecho de petición, que para el caso fue a la calle 19 No. 4-77 oficina 603, desconociendo la apoderada, que la respuesta a un derecho de petición no admite recursos ordinarios.

23. No es cierto, es un hecho completamente subjetivo sin respaldo normativo ya que como se ha venido acreditando el acto administrativo de respuesta fue enviado por correo a la dirección que dejo el apoderado y de acuerdo con la guía expedida por la empresa DEPRISA la misma fue entregada el día 23 de enero de 2015 a las 10:59 DE LA MAÑANA por el encargado de la portería del edificio CUATRO TORRES, así consta en la guía de entrega y postura del sello de recibido.

24. No es cierto ya que existe prueba de la entrega a la respuesta emitida bajo el documento OFI15-00000981 con fecha de entrega 23 de enero de 2015.

25. Es cierto de acuerdo con la documental aportada en donde se aprecia el acta fallida y con ello agotando el requisito de procedibilidad.

26. Es cierto de acuerdo con la consulta realizada a la base de gestión siglo XXI resaltando que desconocemos quienes son los demandantes y las pretensiones del mencionado proceso.

27. Es cierto, de acuerdo con consulta que se adelanta en la página de la Rama Judicial.

28. Es cierto, de acuerdo con lo establecido en la página de la Rama Judicial.

29. Es cierto basados en la base SIGLO XXI de la rama judicial.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES:

La Unidad Nacional de Protección -UNP-, creada mediante el Decreto 4065 de octubre 31 de 2011, con personería jurídica y adscrita al Ministerio del Interior, se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda (declaraciones y condenas), toda vez que la entidad que representó no se le puede imputar responsabilidad administrativa, al carecer el acto acusado de vicio, es un acto expedido conforme a derecho.

Por lo tanto, **solicito** al despacho, negar las pretensiones y/o declarar probada las excepciones propuestas, en cuanto no existen fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento a las mismas, como se demostrará dentro de este proceso.

En su lugar, se solicita condena en costas al demandante, de prosperar la(s) excepción(s) propuesta(s).

Además, resaltar que ni en la solicitud de conciliación prejudicial ni en las pretensiones ni en los hechos de la demanda, indica cual es la jornada ordinaria y adicional efectivamente prestada, es decir, no relaciona claramente ni determina cada concepto en circunstancia de tiempo, modo y lugar, tan solo lo hace en forma general, pues alegar un derecho sumariamente no es prueba suficiente que haya generado un servicio adicional o trabajo suplementario o que se le hayan negado su derecho de compensación. Pues con afirmar "no recibir los recargos salariales correspondientes", considero que no acredita en debida forma el trabajo en tales turnos, no se establece ni el número de horas, ni las fechas o jornadas en que ello ocurrió, es tan solo una afirmación subjetiva, sin respaldo probatorio, simplemente realiza una aproximación de un supuesto para establecer la cuantía del proceso. Aun con respaldo probatorio, no se genera recargo alguno por la naturaleza del servicio –funciones intermitentes y discontinuas que prestan el actor, servidor público de la UNP, tan solo y suficientemente procede la compensación en tiempo de descanso, como se dijo anteriormente, con fin de general una recuperación física y metal tanto personal y familiar.

Frente a las restantes pretensiones, consideramos son de pleno derecho, significa entonces que al revisar la demanda no existe relación de cuáles son las normas vulneradas ni el concepto de su violación por parte de la Unidad Nacional de Protección al expedir los respectivos actos administrativos, razón para oponernos y considerar que al actor no le asiste derecho para reclamar.

III. RAZONES DE LA DEFENSA Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Objeto del litigio:

Es analizar la legalidad del acto administrativo que deniega las pretensiones referente al pago de las horas extras, dominicales y festivas y recargos nocturnos, la inclusión al factor salarial de estas para liquidar prestaciones sociales periódicas y definitivas y los aporte a la seguridad social, causadas en la relación legal y reglamentaria entre el demandante y las entidades demandadas, es decir el extinto DAS y la Unidad Nacional de protección, pretende se le reconozca pertenecer a un cargo superior al incorporado en la Unidad Nacional de Protección que para el caso sería al de OFICIAL DE PROTECCION 3137-16 y finalmente se ordene las cotizaciones especiales al sistema pensional para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a alto riesgo.

Marco Normativo:

Legalidad y vigencia de la norma que consagra régimen de jornada y horario laboral, salario y prestacional de la UNP, es:

1.1Decreto 4065 de octubre 31 de 2011.

Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura.

"ARTÍCULO 1o. CREACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN (UNP).

Créase la Unidad Administrativa Especial del orden nacional, denominada Unidad Nacional de Protección (UNP), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Interior, hará parte del Sector Administrativo del Interior y tendrá el carácter de organismo nacional de seguridad.

ARTÍCULO 20. PLANTA DE PERSONAL. De conformidad con la estructura prevista por el presente decreto el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades señaladas en el artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998, procederá a adoptar la planta de personal necesaria para el debido y correcto funcionamiento de la Unidad Nacional de Protección.
A los empleados de la Unidad se les aplicará el régimen general de carrera administrativa, de clasificación y de administración de personal.

PARÁGRAFO Transitorio. El certificado de disponibilidad presupuestal para proveer los cargos de Director General y Secretario General de la Unidad Nacional de Protección será expedido por el Subdirector Administrativo y Financiero del Ministerio del Interior".

Otro de los artículos que se deben de tener en cuenta al momento de valorar los argumentos en la presente demanda es lo dispuesto en el artículo 24 del decreto 4065 de 2011, allí se previó, que las diferentes referencias normativas que permanecieran vigentes y que se aplicaban al DAS se entendían referidas a la Unidad Nacional de Protección, así:

> *"Las referencias que hagan las disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad DAS y al programa de Protección del Ministerio del Interior, que tengan relación con las funciones expresadas en el presente Decreto, deben entenderse referidas a la Unidad Nacional de Protección"*

1.2 Decreto 4067 de 31 de octubre de 2011.

Por el cual se establecen equivalencias de empleos y se dictan otras disposiciones en materia salarial y prestacional.

"(..) ARTÍCULO 2o. Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a quienes se les suprima el empleo como consecuencia de la Supresión del Departamento y cuya incorporación se ordena en los empleos creados en la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección, UNP, serán incorporados con estricta sujeción a las equivalencias establecidas en el artículo 1o del presente decreto, sin que se les exijan requisitos adicionales a los acreditados en el momento de su posesión del cargo del cual eran titulares.
La aplicación de estas equivalencias no conlleva la pérdida de los derechos de carrera para quien los acredite, ni afecta los procesos de selección en curso.

PARÁGRAFO. De conformidad con lo señalado en el decreto de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias establecidas en el artículo anterior, la asignación mensual de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del DAS comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a la vigencia del presente decreto.

En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica mensual inferior a la asignación mensual que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual por compensación que constituye factor salarial para todos los efectos legales.

ARTÍCULO 3o. Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, incorporados en la Unidad Nacional de Protección, UNP, conservarán los beneficios salariales y prestacionales que venían percibiendo, con excepción de la prima de riesgo que quedó incorporada a la asignación básica y a la bonificación especial por compensación, hasta su retiro de la entidad."

Como puede evidenciarse con la anterior norma, esta fue mas beneficiosa para los servidores que se incorporaron a la Unidad ya que en el extinto DAS la prima de riesgo por disposición del Gobierno Nacional no constituía factor salarial.

1.3. Otra de las normas especiales vigentes que deben aplicarse al presente asunto, como referencia normativa y en vista a que el actor perteneció como servidor al extinto DAS y bajo el proceso de incorporación ordenado por el Gobierno Nacional paso a la Unidad, es el **Decreto 1932 de 1989** (agosto 28) del DAS, el cual, frente a la jornada de trabajo, estipulo:

"ARTÍCULO 12. JORNADA DE TRABAJO. La asignación básica mensual fijada en la escala de remuneración señalada en este Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas.

Sin embargo, por especiales razones del servicio, el Jefe del Departamento podrá disponer jornadas hasta de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas.

Dentro de los límites máximos fijados en este artículo el Jefe del Departamento podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo constituya trabajo suplementario o de horas extras.

PARÁGRAFO. Por la naturaleza del servicio que prestan los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de horas extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma prevista por el artículo 68 del Decreto 512 de 1989".

1.4 El Decreto 1042 de junio 7 del 1978, aclarando que a pesar de regular la jornada de trabajo que aplica para todos los servidores públicos a nivel nacional y territorial, dicho decreto goza del mismo rango jerárquico que el decreto 1932 de 1989 que de manera específica regulo la jornada de trabajo para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", siendo este último expedido con posterioridad y permanece vigente para aquellos servidores que venían desempeñándose en el DAS y fueron incorporados a la Unidad Nacional de Protección de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4067 de 2011.

Resaltando que por disposición del literal c del artículo 104 de la citada norma (*Decreto 1042 de 1978*), esta no tiene aplicabilidad en los empleados de las entidades que tiene régimen especial como es el caso

analizado, donde está demostrado que el actor por haber pertenecido al extinto DAS lo regula la norma especial, es decir el Decreto 1932 y 1933 de 1989.

Corolario a lo expuesto, se puede complementar que de igual manera contempla un horario de 12 horas diarias sin que a la semana se pueda exceder de 66 horas a aquellos trabajadores que ejercen actividades discontinuas e intermitentes como es el caso de los escoltas.

ARTICULO 33. DE LA JORNADA DE TRABAJO. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de ***actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.*** *El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.*

Como se trata de un caso especial y de acuerdo a las referencias normativas vigentes a los servidores del extinto DAS y que se incorporaron a la planta de la UNP es evidente que se encuentra como norma específica el Decreto 1933 de 1989, norma que establece el régimen prestacional de los empleados del DAS, así:

16. FACTORES PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad de que trata el Decreto 3135/68 a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos por antigüedad;

c) La bonificación por servicios prestados;

d) La prima de servicio;

e) La prima de vacaciones;

f) El subsidio de alimentación;

g) El auxilio de transporte;

h) Los gastos de representación.

ARTÍCULO 17. FACTORES PARA LIQUIDAR VACACIONES PRIMA DE VACACIONES. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicia el disfrute de aquéllas:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos por antigüedad;

c) La bonificación por servicios prestados;

d) La prima de servicio;

e) El subsidio de alimentación;

f) El auxilio de transporte;

g) Los gastos de representación.

ARTÍCULO 18. FACTORES PARA LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos por antigüedad;

c) La bonificación por servicios prestados;

d) La prima de servicio;

e) El subsidio de alimentación;

f) El auxilio de transporte;

g) La prima de navidad;

h) Los gastos de representación;

i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;

j) La prima de vacaciones.

ARTÍCULO 19. FACTORES PARA LIQUIDAR OTRAS PRESTACIONES. Para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte de que tratan los decretos, 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la compensación en caso de muerte, de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos por antigüedad:

c) La bonificación por servicios prestados;

d) La prima de servicio;

e) El subsidio de alimentación;

f) El auxilio de transporte;

g) La prima de vacaciones;

h) Los gastos de representación.

1.5 Decreto 1045 de 1978 (junio 17), por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

*"**Artículo 17**.- De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:*
a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
c) Los gastos de representación;
d) La prima técnica;
e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de servicios;
g) La bonificación por servicios prestado.
En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este Decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas.

***Artículo 45º**.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación y la prima técnica;
c) Los dominicales y feriados;
d) Las horas extras;
e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de navidad;
g) La bonificación por servicios prestados;
h) La prima de servicios;
i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
k) La prima de vacaciones;
l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

II) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.

Ver Concepto Secretaría General 50 de 2001

Artículo 46º.- De los factores de salario para liquidar otras prestaciones. *Para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*
a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
c) Los gastos de representación;
d) La prima técnica;
e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de servicios;
g) La bonificación por servicios prestados;
h) La prima de vacaciones. Ver: Artículo 13 Decreto Nacional 1848 de 1969

Artículo 57.- De la vigencia. *Las reglas del presente decreto se aplicarán al reconocimiento y pago de las prestaciones desde el 20 de abril de 1978, cualquiera sea la fecha en que se hayan causado.*

El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición, surte efectos fiscales desde el 10 de abril del presente año y subroga en su totalidad el Decreto-Ley 777 de 1978.

1.6 Resolución 0134 del 13 de abril de 2012 expedido por la Unidad Nacional de Protección.

Por medio de la cual se establece jornada de trabajo de la UNP y rige a partir de su expedición. Expedida por el Director General de la UNP en ejercicio de las facultades de los artículos 1 del Decreto 1876 de 1970, 33 del decreto 1042 de 1978, 11 numeral 15 del decreto 4065 de 2011.

"ARTICULO PRIMERO. HORARIO DE TRABAJO: *El horario de trabajo en la Unidad Nacional de Protección, es de lunes a viernes de 7:30 A.M a 5:00 P.M, en jornada continua. El sábado se considera como un día no hábil.*

Parágrafo primero. *Los empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de seguridad, podrá señalarse les una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana exceda un límite de sesenta y seis (66) horas.*
Sin embargo, por especiales razones del servicio, el Jefe de la Unidad podrá disponer jornadas hasta de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas.

Parágrafo segundo: *Dado el carácter de organismo nacional de seguridad de la Unidad y su misión institucional, algunos funcionarios deberán prestar sus servicios en horas diurnas y nocturnas, o en días dominicales y festivos, para lo cual procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado y no habrá lugar al reconocimiento y pago de horas extras o pago de dominicales o festivos".*

1.7Resolución 0092 del 5 de febrero de 2014 de la UNP.

Por la cual se establece la jornada y el horario de la planta de personal de la UNP, para su cumplimiento y control, se fija horario de atención al público, se deroga la Resolución 0134 del 13 de abril de 2012 y se dictan otras disposiciones. Expedida por el Director General de la UNP en ejercicio de las facultades de los

artículos 1 (2) del Decreto 1876 de 1970, 33 del decreto 1042 de 1978, 11 numeral 15 del decreto 4065 de 2011.

I. ASPECTOS GENERALES:

Artículo 1: Definiciones. *Para efectos de aplicación de la presente resolución, se dará aplicación a las siguientes definiciones:*
(...)
C. Servidor público: *Se entiende por servidor público a aquellos miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes están al servicio del estado y de la comunidad, ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la Constitución Política, la Ley y los Reglamentos.*
I. Servidor Público con funciones misionales u operativas: Los servidores públicos con funciones misionales u operativas en la Unidad Nacional de Protección, son aquellas personas que ostenten empleos que cumplen funciones que implican el desarrollo de actividades continuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, en l marco del objeto y misión de la Unidad Nacional de Protección.
(...)
Artículo 2º: Ámbito de Aplicación. *Esta resolución aplica para todos los servidores públicos que laboran en la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN-UNP, tanto en la ciudad de Bogotá D.C., como en todas y cada una de las Unidades Operativas Administrativas –UAO- del PAÍS.*
II. DE LA JORNADA LABORAL, EL HORARIO DE TRABAJO Y LA ATENCIÓN AL PUBLICO.

Artículo 4: Horario de trabajo para servidores públicos de la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION – UNP. *(...)*

Parágrafo 1: *Para los* ***empleados cuyas Funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, tendrán disponibilidad permanente y se les podrá señalar una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas****.*
Adicionalmente estos funcionarios por tener una disponibilidad permanente, se les podrá compensar el tiempo de servicio prestado en estas condiciones, según disposiciones de cada subdirección y disponibilidad de recursos humanos.
Parágrafo 2: *Por la naturaleza del servicio que prestan los servidores públicos de la UNP, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos,* ***no tendrán derecho al reconocimiento y pago de extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado****, en la forma que la subdirección de protección y la subdirección de evaluación de riesgo de la Unidad adopten, de acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo inmediatamente anterior.*
Artículo 5: Delegación. *Deléguese las siguientes sobre la administración de personal así:*

i. En el subdirector de protección y en el Subdirector de evaluación del Riesgo de la Unidad Nacional o quienes hagan sus veces, la facultad de establecer compensatorios según necesidad del servicio a servidores públicos con funciones misionales u operativas según definido en esta resolución; situación que deberá ser reportado a la subdirección de talento humano para lo de su competencia.
ii. En la Subdirectora de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección o quien haga sus veces, la facultad de establecer compensatorios según las necesidades del servicio a servidores públicos con funciones administrativas según lo definido en esta Resolución, previo concepto favorable de los directivos y jefes de dependencia y la normatividad vigente en la materia.

Artículo 24: Vigencia y derogatoria. *La presente Resolución rige a partir de la fecha de expedición y deroga las disposiciones que sean contrarias, en especial la Resolución 0134 del 13 de abril de 2012 y la Resolución 0137 de 01 de abril de 2013. "*

2.7Resolución 0351 del 26 de junio de 2014 de la UNP, por la cual modifica parcialmente la Resolución 092 de febrero de 2014 y dictan otras disposiciones:

"Artículo 1: *Modifíquese el Parágrafo 1 del artículo 4 de la resolución 0092 de 5 de febrero de 2014, el cual quedará así:*

Artículo 4: *(...)*

Parágrafo 1: *Para los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, tendrán disponibilidad permanente y se les podrá señalar una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas.*

Sin embargo, por especiales razones del servicio, este despacho autoriza disponer jornadas hasta de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas.

Adicionalmente estos funcionarios por tener una disponibilidad permanente, se les podrá compensar el tiempo de servicio prestado en estas condiciones, según disposición de cada subdirección y disponibilidad de recursos humanos.

(...)

Artículo 5º: Vigencia. *La presente Resolución rige a partir de la fecha de expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias. Las demás disposiciones establecidas en la resolución 0092 del 5 de febrero de 2014 que no hayan sido modificadas mantienen su vigencia. -26 junio 2014."*

2.8 Resolución 0362 de 1 de junio de 2016 de la UNP.

" I. ASPECTOS GENERALES.

Artículo 1: Definiciones. *Para efectos de la aplicación de la presente resolución, se dará aplicación a las siguientes definiciones:*
(...)
C. Servidor público: se entiende por servidor público a aquellos miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicio, quienes están al servicio del estado y de la comunidad, ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la constitución Política, la Ley y los reglamentos.

a. ***Servidor público con funciones misionales u operativas:*** *Los servidores públicos con funciones misionales u operativas en la Unidad Nacional de Protección, son aquellas personas que ostente empleos que cumplen funciones que implican el desarrollo de actividades discontinuas,*

intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, en el marco del objeto y misión de la Unidad Nacional de Protección.

b. ***Servidor público con funciones administrativas:*** *Los servidores públicos con funciones misionales u operativas en la Unidad Nacional de Protección, son aquellas personas que ostente empleos diferentes a los servidores públicos con funciones misionales y operativas y que ejecutan actividades de apoyo administrativo a la Unidad Nacional de Protección.*

Artículo 4: *Horario de trabajo para Servidores públicos de la Unidad Nacional de Protección -UNP (...).*

Parágrafo 1º*: Para los empleados cuyas unciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, tendrán disponibilidad permanente y se les podrá señalar una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana exceda un límite de sesenta y seis (66) horas.*

Sin embargo, por especiales razones del servicio, este despacho autoriza Disponer jornada hasta dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana exceda el límite de setenta y dos horas. Adicionalmente estos funcionarios por tener una disponibilidad permanente, se le s podrá compensar el tiempo de servicio prestado en estas condiciones, según disposición de cada Subdirección y disponibilidad de recursos humanos.

Parágrafo 2º: *De Acuerdo con el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, la jornada de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia. Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.*

El trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicara lo dispuesto por las horas extras.

Como se desprende de la norma, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 semanales, pero se contempla una excepción para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que podrá señalarles una jornada de trabajo de doce horas diarias sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Dentro de esos límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; hace la advertencia que el trabajo exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

(...)

Artículo 26º: Vigencia y derogatoria. *La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial la Resolución 0092 del 5 de febrero de 2014, la Resolución 0351 de 26 de junio de 2014, la Resolución 0487 del 2 de septiembre de 2014 y la Resolución 0059 del 5 de febrero de 2016."*

En defensa y contrario a lo pedido por la parte actora, desarrollo los siguientes argumentos legales y facticos en defensa de la UNP, para que sean considerados así:

2 RÉGIMEN PRESTACIONAL Y SALARIAL DE LA UNP.

La supresión del DAS, conlleva a que **el régimen prestacional y salarial** que tenía no puede trasladarse a la entidad donde se incorporó el funcionario, lo anterior se desprende del **artículo 7 del Decreto 4057 de 2011**, el cual dispone que el régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados **será el que rija en la entidad u organismo receptor**, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, **norma declarada exequible por la Corte Constitucional recientemente, sentencia C-098 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, aduciendo:**

> "En efecto, el legislador no está obligado a trasladar los beneficios contemplados en un régimen que ha perdido vigencia, en virtud de la supresión de la entidad a la que se aplicaba, a aquellos trabajadores que con el fin de garantizar su derecho a la estabilidad laboral fueron reubicados en otro organismo. Lo anterior por cuanto, se reitera, (i) la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es absoluta y no se antepone a la reestructuración de la administración, y (ii) la supresión de una entidad no solo implica que el organismo desaparezca de la estructura de la administración pública, **sino también la cesación o el traslado de sus funciones, de su personal y de su régimen especial de carrera, en caso de existir**"

Entonces, el Decreto 4057 de 2011 en su artículo 7, estipula cual es el régimen legal y reglamentario para los funcionarios incorporados:

"ARTÍCULO 7°. *Régimen de personal.* El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

Para **todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias** que se establezcan para los fines de la incorporación, **la asignación básica** de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales. *(Nota Fuera de texto: Decreto Nacional 4971 de 2011 del 30 de diciembre de 2011, establece q el inciso tercero, artículo 7° del decreto 4057 de 2011 no aplica en el proceso de incorporación de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad- DAS a la Fiscalía General de la Nación)*

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.

La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.

Parágrafo 1°. Para la actualización en el registro de carrera de los servidores que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación, el DAS enviará la certificación que emita la Comisión Nacional del Servicio Civil que acredite la condición de empleados con derechos de carrera.

Parágrafo 2°. A los empleados que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación o en las demás entidades receptoras, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión deberá reconocer y pagar los beneficios salariales y prestacionales causados o su proporcionalidad a la fecha de incorporación. (subrayado fuera de texto)

Los servidores públicos que se encuentren en periodo de prueba a la fecha de publicación del presente decreto permanecerán en la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); una vez se produzca la evaluación satisfactoria de dicho período serán incorporados a los empleos que se hayan creado para el efecto en las entidades receptoras.

Hasta tanto se produzca dicha calificación serán comisionados a prestar sus servicios en las entidades receptoras.

Para los efectos del acto legislativo 04 del 7 de julio de 2011, entiéndase que la fecha de ingreso de los empleados provisionales que sean incorporados en las entidades receptoras de funciones, será la de su vinculación en esta condición en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)."

Es importante aclarar, que el Decreto 1932 de 1989 del DAS, no es aplicable a la UNP en estricto sentido, toda vez que la Unidad tiene su propio régimen salarial y prestacional reglamentado, como se expuso. Sin embargo, es necesario aclarar, que el régimen el DAS en lo referente a la Jornada de servicio del funcionario en mención, va en armonía del régimen propio de la UNP estipulado en la Resolución de la UNP - 0134 de 2012, 0092 de 2014, 0351 de 2014 y 0362 de 2016, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 3 de decreto 4067 de 2011, que establece que el ex funcionario del DAS incorporado a la UNP, conservara los beneficios salariales y prestacionales que venían percibiendo. Toda la normatividad en mención, del DAS y de la UNP, está perfectamente acorde y amparada tanto por el régimen especial y por el régimen general del servidor público de orden nacional, es decir, con el Decreto 1932 y 1933 de 1989 y el Decreto1042 y 1045 de 1978.

3 ELIMINACION DE REGIMENES ESPECIALES Y EXCEPTUADOS.

Basados en lo prescrito en el acto legislativo 01 del 22 de julio de 2005 el cual quedo publicado en la gaceta del congreso el 25 de julio de 2005, y que adiciono incisos al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, en su artículo 1, estipuló:

"Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:"

(.....) "Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones.

(.....) No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido". "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".
(.....) **A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo**".

Es decir que, de acuerdo a dicha reforma constitucional, el Congreso mediante el anterior acto legislativo elimino el régimen especial consagrado para la planta de personal del DAS lo que significa que para el 1 de enero de 2012, cuando pasa la demandante a la planta de personal de la Unidad no contaba con el Régimen especial que alega y que pretende le sea reconocido.

4 VÍNCULO LEGAL Y REGLAMENTARIO CON EL ESTADO.

Primero definiré que es un servidor público, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política, se entiende que:

"son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la Comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su servicio."

Estos se clasifican en tres categorías:

1. Los funcionarios de elección popular que determine la Constitución Política;
2. Los **empleados públicos**, que son funcionarios nombrados por las autoridades competentes, que cuentan con una vinculación estatutaria o reglamentaria definida de manera unilateral por el Estado, y que cumplen una determinada función pública.
3. Los de servidores públicos es la compuesta por los trabajadores oficiales. Se trata de personas contratadas por el Estado y vinculadas laboralmente a él.

En todas las anteriores categorías, el servidor público se **vinculan a administración pública de tres formas**, con el fin de prestar servicios personales: la modalidad estatutaria, la modalidad contractual laboral y la de los auxiliares de la administración.

1. **La Modalidad Estatutaria**: Esta modalidad de vinculación a la Administración Pública, denominada también legal o reglamentaria, da el carácter de empleado público a quien accede al servicio público mediante esta figura, y el acto que la traduce es el nombramiento y la posesión.

Se deduce con facilidad que es esta la modalidad mediante la cual acceden a la Administración Pública los Empleados Públicos, bien sean de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción.

La característica principal de esta forma de vinculación es la de que el régimen del servicio o de la relación de trabajo, si se prefiere el término, está previamente determinado en la ley y, por lo tanto, no hay posibilidad de que el funcionario entre a discutir las condiciones de empleo, ni fijar alcances laborales distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que la regulan.

2. **La Modalidad Contractual Laboral**: Esta modalidad se predica para quienes se vinculan a la Administración Pública como trabajadores oficiales. Se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones que se aplican.

3. **Los Auxiliares de la Administración**: Los auxiliares de la administración prestan sus servicios en forma ocasional o temporal, y no están incorporados a las plantas de personal. Las formas usuales de auxiliares de la administración son los supernumerarios y los contratistas independientes.

Aunque el Decreto Ley 3135 de 1968 no se ocupa de la figura del supernumerario, las leyes anuales de presupuesto la venían reconociendo, cuando en las definiciones sobre determinación y clasificación de los gastos de servicios personales las enunciaba. Posteriormente, es el Decreto 1042 de 1978 el que entra a regular algunos aspectos relacionados con esta figura, entre los cuales encontramos: la oportunidad de la vinculación (para suplir vacancias temporales); el término de la vinculación (no puede exceder de tres meses, salvo cuando el gobierno disponga un término superior); remuneración y prestaciones sociales (La remuneración se debe fijar de conformidad con las escalas salariales establecidas en el Decreto 1042 de 1978. En cuanto a las prestaciones sociales, la norma citada dispone que si la vinculación es hasta de tres meses, no habrá lugar a su reconocimiento y pago)

En el caso concreto, los **oficiales de protección vinculados a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION U.N.P**, en relación con el estado, **son servidores del orden nacional y empleados de carrera administrativa**, como lo menciona el Decreto 3135 de 1968 artículo 5° , el cual dispone lo siguiente: *"Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamento administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales." (...)*

Es principio constitucional que todos los empleos son de carrera, con las excepciones que trae el mismo artículo 123 concordado con el 125 de la Carta Política, ya transcrito, y los que contemplen la ley. **Los empleos que pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de agente de protección y oficiales de protección, que consisten en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, son empleos de Carrera de Administrativa**

Dichos empleos de carrera administrativa tienen **tres formas de vinculación** mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos de acuerdo con el Artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, el nombramiento provisional o el traslado.

Los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional. El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el citado decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

Adicionalmente, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad.

En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada; y el traslado opera cuando el funcionario de carrera es trasladado a un empleo diferente al que es titular pero conserva los derechos derivados de ella.

De conformidad a la Resolución 092 del 05 de Febrero 2014 en su artículo 1. (Definiciones) ordinal c) es un servidor público con funciones misionales u operativas tienen las siguientes funciones que implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, en el marco del objeto y misión de la Unidad Nacional de Protección.

"1. Realizar las actividades tendientes a lograr la protección de las personas a las cuales la UNP les presta servicio de seguridad, utilizando los medios logísticos adecuados dentro del marco jurídico que señala la ley y los reglamentos.
2. Implementar las medidas de protección que garanticen la vida, libertad, integridad y seguridad de las personas que por su nivel de riesgo puedan hacer parte del Programa de Protección liderado por la Unidad Nacional de Protección, de acuerdo a los parámetros legales.
3. Conducir los vehículos de la Institución cuando las necesidades del servicio lo requieran previo cumplimiento de los requisitos legales.
4. Participar activamente en los planes de seguridad a instalaciones.
5. Mantener en buen estado el vehículo, equipo, armas y demás elementos de dotación.
6. Desarrollar funciones de asistencia en actividades relacionadas con la valoración preliminar del riesgo, y las revaluaciones pertinentes, con el fin de identificar de forma oportuna los niveles de riesgo de las personas, grupos y/o comunidades de acuerdo a las poblaciones objeto de los programas de protección a cargo de la Unidad.
7. Apoyar y participar en el desarrollo de actividades relacionadas con los estudios de seguridad a instalaciones y/o inspecciones técnicas de seguridad con el fin de identificar vulnerabilidades.

Para el efecto, se cabe indicar el siguiente antecedente jurisprudencial:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE, Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil seis (2006), Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00095-00(1777), Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PÚBLICA.

"1.- El nombramiento de empleados públicos es un acto condición y por ende su régimen salarial y prestacional es fijado por el ordenamiento jurídico.

El acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y, en tal virtud, el ingreso al servicio implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido en la ley y los decretos reglamentarios. Por ende, el servidor tiene una sujeción al status legal o reglamentario general o especial que corresponda y se coloca indefectiblemente en la situación jurídica allí prevista.
Por ello, en armonía con lo dispuesto por el artículo 150.19.e) de la Constitución Política, la ley 4ª de 1992, que establece las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de otros servidores, prevé que : (i) el régimen salarial y prestacional está dado en

atención al empleo, a su nivel, su estructura, a la naturaleza de las funciones, de las responsabilidades y calidades exigidas para su desempeño – art. 2° -; (ii) para cada cargo o categoría de cargos se fija una escala y tipo de remuneración – art. 3° -; (iii) para fijar el régimen salarial y prestacional el Gobierno Nacional debe tener en cuenta, entre otros objetivos y criterios, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado; la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad – art. 2° ibídem-.

En síntesis, la regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor. Por ello el artículo 7° del decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de "percibir puntualmente la ***remuneración que para el respectivo empleo fije la ley***" [1] *De esta manera y como lo consagra el artículo 19 de la ley 909 de 2004, es claro que los elementos de la noción de empleo público constituyen el núcleo básico de la estructura de la función pública.*

Siguiendo a Gaston Jèze, puede afirmarse, entonces, que el acto de nombramiento de un empleado público "es un acto condición de aplicación a un individuo de un status legal o reglamentario, de una situación jurídica general e impersonal, es una manifestación de voluntad que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal, o de regularizar el ejercicio de un poder legal (...)"[2]

Así, resulta evidente que el nombramiento y posesión de una persona en un cargo público la coloca en el status de empleado público, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional vigente al momento del ingreso, que además de ser el preestablecido por el legislador y por el gobierno nacional según sus competencias, es de carácter general e impersonal. (...).

3.- Efectos salariales y prestacional con ocasión del cambio de empleo.

La movilidad en el servicio tiene diferentes variables dependiendo de que el servidor público se encuentre escalafonado, en provisionalidad o desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción.

Este movimiento puede ser voluntario, como acontece en los casos de renuncia para aceptar otro cargo una vez se ha superado un concurso en la misma u otra entidad o por ascenso; por razones del servicio, en caso de reincorporación por supresión de empleos originada en la reestructuración de entidades, o por comisión de un empleado de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción; o por factores externos, como acontece con la reubicación por desplazamiento.

Para el análisis del presente asunto la Sala tendrá en cuenta, además, si existe solución de continuidad en la prestación del servicio, si hay terminación del vínculo laboral, si se cambia o no de entidad y si hay lugar

---

[1] **Desde el decreto 1732 de 1960 – art. 12 – (hoy en día derogado) se dispuso que la clasificación de los empleos – de acuerdo a las funciones, responsabilidades y requisitos para su desempeño - sería el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar la remuneración correspondiente, bajo el postulado de que todo empleo será remunerado con base en el sistema que garantice "el principio de igual salario para igual trabajo en condiciones similares", principio que es reiterado por el artículo 8° del decreto 1950 de 1973. Ver además art. 75 dec. 1042/78**

[2] JÈZE Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, páginas 48 y siguientes. Sobre la clasificación del acto de nombramiento como acto condición ver además SERRA ROJAS Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., México 1985, pág. 236. STASSINOPOULOS Michel, El acto administrativo. Traducción jurídica del doctor Francisco Sierra Jaramillo, 1981, págs. 42 y 62. BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, Editorial La Ley, tomo II, sexta edición, 1980, págs. 163 y 164. RIVERO Jean, Derecho Administrativo. Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, traducción de la 9° edición, pág. 97.

al reconocimiento de derechos adquiridos, advirtiendo que las situaciones son variadas y que por tanto el criterio expuesto es necesariamente general.

Debe destacarse que algunos de los interrogantes encuentran solución clara en la ley y en otros se detectan lagunas normativas o preceptos de textura abierta que merecerán estudio especial bajo el supuesto de que por regla general el régimen salarial y prestacional por cambio de empleo es el del cargo que entra a desempeñarse; sin embargo, no siempre se varía el régimen prestacional, puesto que en algunas oportunidades, por especial protección del ordenamiento jurídico, debe supeditarse tal situación al cambio de entidad, o al retiro definitivo del servicio, o a la causa que origina el movimiento de personal. (...)

4.9.- Al ser el empleado público de carrera reincorporado en otro empleo del nivel nacional o territorial, por razón de la supresión de su cargo o por razones de desplazamiento, qué régimen salarial y prestacional se les debe aplicar? ¿el que rige en la entidad donde se encontraba vinculado o el de la nueva entidad donde es reintegrado?"

4.9.1.- Reincorporación por supresión de cargos. *Como ha quedado expuesto nuestro ordenamiento jurídico protege los derechos adquiridos de los servidores públicos y prohíbe desmejorar sus condiciones salariales y prestacionales. Ahora, por vía general, si un servidor público se retira de una entidad con un régimen salarial y prestacional determinado y, posteriormente, se revincula al sector público, pero a otro organismo con un régimen distinto, el principio ordinario es que queda sometido a éste último[3]. Sin embargo, no se puede desatender la causa o motivo de la desvinculación inicial, pues si es atribuible al Estado, por razones del servicio o de modernización de la entidad, como es el caso de la supresión de empleo, como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, por mandato legal el empleado de carrera administrativa tiene derecho preferencial "(...) a ser incorporado en* ***empleo igual o equivalente*** *de la nueva planta de personal" y si ello no es posible puede optar por "* ***ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes*** *o a recibir indemnización". – art. 44 de la ley 909 de 2004[4] –*

Esa equivalencia tiene que ser medida en todos los aspectos, funcionales, salariales, prestacionales, de requisitos, etc.[5]. De manera que en este evento la administración está obligada a reincorporar al empleado a un cargo con las mismas características del que tenía, caso en el cual mantendrá el régimen de cesantías retroactivas y, si no lo puede hacer, lo debe compensar en los términos fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C- 880 de 2003[6]. Sin embargo ello no significa darle al empleo al cual es reincorporado el servidor un régimen salarial y prestacional distinto al señalado por la ley. (...)."

---

[3] Los arts.7° de la ley 27/92 y 41 de la ley 909 contemplaron como causal de retiro del servicio de los empleados de carrera la supresión del empleo en tanto que el artículo 37 de la ley 443/98 no lo hizo.

[4] "Artículo 45. (...) Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.

[5] "Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa (...) e) Conformar (...)el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados " – art. 11 ley 909/04 -

[6] Ver concepto 1539 de 2004, acápite 4.2.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012), **Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00141-00(2120-09) y 11001-03-25-000-2009-00146-00(2125-09), Actor: LUIS FERNANDO ZAMBRANO VALLEJO Y OTROS, Demandado: GOBIERNO NACIONAL.**

"Provisionalidad y carrera administrativa. *El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano.*

Efectivamente, el poder discrecional de la administración se ve limitado, cuando media un concurso de méritos para proveer un cargo de la administración, pues la provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales.(...)".

5 DESCANSO COMPENSATORIO EN LA UNP

El Gobierno ya sea del orden nacional, departamental o municipal goza de facultad discrecional para fijar la jornada de trabajo, con fundamento en los artículos 150 y en la Ley 4ª de 1992, en cuanto a la petición de horas extras, recargo nocturno, trabajo dominical y festivo, es necesario determinar su acreditación para poder aplicar la normatividad vigente y específica, la cual está regulada por los Decretos 4057, 4065, y el 4067 del 2011, Decreto 1932 de 1989, la Resolución 0134 del 13 de abril de 2012, la Resolución 092 del 05 de febrero de 2014, la Resolución 351 del 26 de junio de 2014 y la Resolución 0351 e 2016, expedidas por LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION en cuanto a la Jornada máxima laboral en las cuales regula de manera clara y precisa dicho asunto y deja la claridad respecto a las horas extras, el trabajo dominical y festivo no dará lugar a reconocimiento solamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, puesto que por sus especiales funciones tienen una jornada extraordinaria, de la cual el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades de las cuales transcribiré algunos apartes de ellas.

Finalmente resaltar que el proceso no obra certificación detallada en donde conste que el actor hubiere laborado en algunas ocasiones por fuera de las horas reglamentarias (horas extras diurnas, nocturnas, dominicales, ni festivos) en el periodo que demanda, cuando define que los elementos probatorios son insuficientes para establecer indubitablemente los días festivos y las horas efectivamente laboradas, qué compensatorios fueron concedidos, las comisiones por servicios no arrojan esta información, no indican con claridad el trabajo suplementario en días de descanso obligatorio, la carga probatoria que corresponde a la demandante, como tampoco obra que este haya solicitado a la entidad demandada la compensación por los servicios prestados que excedieron la jornada máxima legal, para el tipo de funciones propias de su cargo como agente escolta y adscrito a un esquema de protección.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012), **Radicación número: 05001-23-31-000-1999-01879-01(1690-10)**

(...).
CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a establecer si le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago de las horas extras, recargos nocturnos, reajustes a las cesantías y demás prestaciones sociales dejadas de cancelar por parte del Municipio de Copacabana desde el año de 1992.

En el sub examine se demanda la nulidad del acto presunto que se configuró por el silencio que guardó el Municipio de Copacabana frente a la petición elevada por John Jairo Hernández el 8 de mayo de la misma anualidad, en virtud de la cual solicitó el reconocimiento y pago de las horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos laborados desde el año de 1992 y el correspondiente reajuste de las prestaciones sociales.

El actor disiente de la providencia del Tribunal, pues por una parte, considera que no pueden menoscabarse derechos laborales amparados por la Constitución y la ley y con ello pretender cancelar el trabajo suplementario por debajo de los topes mínimos legales permitidos, y de otra, porque en su parecer, a pesar de que no existe prueba concreta respecto de la cancelación de los dominicales y festivos, en caso de duda, ésta debe resolverse a favor del trabajador.

Según el recurrente, si a juicio del Gobierno Municipal los Guardas del Municipio de Copacabana debían prestar sus servicios sin sujeción a una jornada máxima, tal situación debía estar reglada mediante un acto administrativo o resolución gubernamental que autorizara la aplicación de una jornada superior a la legal.

Al respecto, el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política dispone que corresponde a los Concejos Municipales determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

El artículo 288 del decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, establece que corresponde a los Concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos. Estas mismas funciones serán cumplidas por los Concejos respecto de los empleados de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías.

En relación con las entidades municipales descentralizadas, como lo es el Instituto de Tránsito y Transporte Municipal, el Titulo 9° del artículo 156 del Decreto 1333 de 1986, dispone que deben someterse a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus Representantes Legales.

Dentro de las facultades asignadas a las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas municipales, además de aprobar los presupuestos de tales entidades, está la de fijar las escalas salariales y demás

derechos y prebendas laborales a excepción de todas aquellas que sean facultades del Congreso de la República.

Entonces, la competencia para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, en el marco de la Constitución de 1991, requiere una interpretación sistemática y coherente de sus mandatos, a efectos de hacer compatible la autonomía que se reconoce a los entes territoriales, en especial la que hace referencia a la facultad de gobernarse por autoridades propias (artículo 287, numeral 1) con el esquema del Estado Colombiano definido como una república unitaria, para lograr que las atribuciones de los distintos órganos a nivel central y territorial no resulte anulada.

Así las cosas, es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la Republica, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los Gobernadores y Alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes; emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.

En este orden de ideas, es necesario precisar que el Congreso de la República está facultado para expedir la Ley Marco a la cual debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. El Gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes –nacional, seccional o local-, bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado, función que en todo caso es indelegable en las Corporaciones Públicas Territoriales, las cuales no podrán arrogárselas; el régimen salarial de los empleados públicos de las entidades descentralizadas se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el Gobierno Nacional, y las Juntas Directivas y Directores y Gerentes de tales entes; y el límite salarial de todos los servidores públicos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados por servicios, es establecido por el Gobierno guardando equivalencias con cargos similares del orden nacional, de manera que aquellas no pueden desbordar ese marco.

Precisado lo anterior, la Sala se pronunciará sobre los argumentos expuestos por el apelante relativos a que "no existe acto administrativo emitido por la autoridad competente que avale la ejecución de sus servicios por fuera de la jornada laboral establecida en la Ley".

Al respecto el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política dispone que corresponde a los Concejos Municipales determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, crear, a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

El artículo 3° de la Ley 4ª de 1992, establece que el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos. Y el artículo 2° literal j) dispone que para la fijación del régimen salarial -y prestacional también- se tendrá en cuenta el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, establece que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

El artículo 13 de la norma en mención señala que la asignación básica correspondiente a cada empleo, está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimiento y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

El artículo 42 ibídem indica que son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador, la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

Por escala de remuneración, o tabla salarial, se ha entendido que consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.

Así las cosas, de las precisiones anteriormente realizadas y ante los límites que propone la existencia de la competencia concurrente, es evidente que en el sub examine no existe acto administrativo que autorice el desempeño de las funciones del peticionario en horas extras diurnas, nocturnas y días festivos, pues como es bien sabido, factores como éste sólo podían ser fijados por el Congreso de la República, o por el Presidente, en ejercicio de las Facultades Extraordinarias, quien debe actuar con sujeción a la Ley Marco que para el efecto expida el Congreso.

Ahora bien, establecido lo anterior y previo a analizar si efectivamente existe prueba sobre el trabajo realizado en exceso a la jornada ordinaria, es necesario señalar que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, el artículo 2° de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las Entidades Territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987.

La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, que establece:

"Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3° de la presente Ley.".

Dentro de los empleados a que hace referencia el artículo 3° de la Ley 443 de 1998, están los que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del nivel departamental, distrital, municipal y sus Entes Descentralizados, conclusión según la cual, el Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos

de la rama ejecutiva del orden territorial en materia de jornada de trabajo y del trabajo en días de descanso obligatorio.

En razón de lo anterior, es necesario establecer que la jornada laboral ordinaria de los Guardas de Tránsito, por ser una actividad de vigilancia, puede ser de doce (12) horas diarias, sin exceder de sesenta y seis (66) horas semanales, toda vez que éstos no están sujetos al límite de la jornada laboral ordinaria y que bien podía la administración municipal establecer una jornada laboral excepcional.

Establecido lo anterior, se revisará el marco legal correspondiente a la jornada laboral, horas extras, dominicales y festivos, a efectos de determinar si la parte actora tiene derecho al reconocimiento de estas prestaciones.

El artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 estableció la jornada ordinaria para los empleados públicos, resaltando que debido a la especialidad del caso la norma a aplicar es la establecida en el artículo 12 del Decreto 1932 de 1989, sin embargo se relaciona en los siguientes términos con el objeto de resaltar que el ordenamiento jurídico si establece jornadas de trabajo especiales de 12 horas diarias en los siguientes casos:

"ARTICULO 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales.

A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras[7]."

Así las cosas, la anterior norma es aplicable a los empleos indicados en el Decreto 1042 de 1978, sometidos a jornada ordinaria, ya sea del orden nacional o territorial.

De esta norma se deduce que la jornada ordinaria de trabajo semanal para empleados del estado corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, pero hace la observación de que a aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de sesenta y seis (66) horas.

Dentro de esos límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. Hace la advertencia de que el trabajo realizado el día sábado, no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

(...)

---

[7] Modificado en lo pertinente por los artículos 1° al 3° del Decreto 85 de 1986.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), **Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00780-01(3594-13).**

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, **la jornada ordinaria** laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una **jornada especial** de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas. intermitentes o de simple vigilancia.

"ARTICULO 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.
Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.
El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras[8] *"*

Como se desprende de la norma, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 horas semanales, pero se contempla una excepción para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Dentro de esos límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; hace la advertencia que el trabajo realizado el día sábado, no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

IV. EXCEPCIONES:

1. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS LEGALES Y POR INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES.

En las pretensiones formuladas, no indicó la norma que reglamenta el vínculo legal del demandante, que por apreciación del apoderado de la parte actora vulnera el ordenamiento constitucional, frente a las cuales motivó la inaplicabilidad y la declaratoria de nulidad del acto administrativo.

Por otra parte, los hechos y pretensiones que relaciona, no son claros ni precisos, ejemplo de ello es que relaciona todas las pretensiones como principales, sin hacer diferenciación de cuales son principales y cuáles son las subsidiarias, por tal motivo se observa que las pretensiones expuestas se excluyen entre sí, ya que, está solicitando el reconocimiento de horas extras diurnas, nocturnas, en días dominicales y

[8] Modificado en lo pertinente por los artículos 1 al 13 del Decreto 85 de 1986.

festivos, recargos nocturnos y además está pidiendo el pago correspondiente a días de descanso compensatorios, situación que denota una indebida acumulación de pretensiones ya que o se pide el reconocimiento de horas extras en días dominicales o festivos y recargos o se pide el reconocimiento de descanso compensatorio, pero no las dos al mismo tiempo y de forma principal.

2. CADUCIDAD DE LA ACCION

De acuerdo con lo establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, establece que dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación se debe demandar el acto administrativo, así las cosas, se puede evidenciar hasta el momento que mediante el OFI15-00001151 se le comunico el OFI15-00000981 con fecha 23 de enero de 2015, acto administrativo demandado, así las cosas, tenía hasta el 23 de mayo de 2015 para acudir a la jurisdicción mediante el presente medio de control, pero aparece acreditado que presento solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría el 21 de mayo de 2015, la cual suspendió termino hasta el 19 de agosto de 2015 fecha en la cual se expidió la respectiva certificación, así las cosas, contaba hasta el 24 de agosto de 2015 para presentar la demanda ante la Jurisdicción Contenciosa, pero de acuerdo a la Rama Judicial la demanda fue radicada hasta el día 12 de enero de 2016, lo que significa como probado que opero el fenómeno de la caducidad frente al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

3. INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACION

A los funcionarios de la planta de personal, que prestan sus funciones en la parte operativa se les aplicara la normatividad vigente y especifica de la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION, la cual está regulada por los Decretos 4057, 4065, y el 4067 del 2011, la resoluciones de la UNP - 0134 de 2012, 0092 de 2014, 0351 de 2014 y 0362 de 2016 emitidas por LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION en cuanto a la Jornada máxima laboral ordinaria, en las cuales, regula de manera clara y precisa dicho asunto y deja la claridad respecto a las horas extras, el trabajo dominical y festivo que no dará lugar a reconocimiento, sino solamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, puesto que por sus especiales funciones tienen una jornada ordinaria especial.

Mal haría la UNP en el supuesto de reconocer lo pretendido, pues de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política de 1991 en el artículo 6, el extralimitarnos en funciones es objeto de investigación y de sanción conforme a lo preceptuado en el código disciplinario.

Realmente, el marco normativo aplicable al régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Unidad Administrativo especial del orden nacional –UNP, está conforme con la Constitución Política, y establece que los empleados de la UNP con funciones que implican actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, quienes tienen disponibilidad permanente y se les puede señalar una Jornada de 12 horas diarias sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. Sin embargo, por especiales razones del servicio, se dispone una jornada hasta de 18 horas diarias, sin que en la semana exceda 72 horas, es decir, son 6 hora adicionales al mes, cuando sea expresamente autorizado. (*articulo 12 del Decreto 1932 de 1989)*

Excepción que se probara de acuerdo a que el señor RODRÍGUEZ RUIZ, no acredita con las respectivas actas, ni acredita quien la autorizo para trabajar horas extras adicionales a su jornada ordinaria laboral en el extinto DAS como ahora en la UNP, de igual manera no acredita cuantos días compensatorios a causado, y si estos fueron solicitados por el actor y la Unidad Nacional de Protección no se le otorgó el respectivo descanso compensatorio, aun menos, cumple con la carga de la prueba en especificar cuantas

horas extras laboro, en que tiempo y porque funcionario fue autorizado, lo que significa que la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación esta llamada prosperar.

Frente al cambio de régimen que alega, que siendo funcionaria del extinto DAS y ser incorporado a la Unidad Nacional de Protección, paso de un régimen especial al régimen ordinario de carrera administrativa, queda probado de pleno derecho que la Entidad simplemente acato lo dispuesto por el Gobierno Nacional, quien como legislador excepcional expidió los respectivos decretos en donde se ordenó suprimir el DAS y la incorporaran de algunos funcionarios sin solución de continuidad a las diferentes Entidades receptoras entre estas a la Unidad Nacional de Protección, situación que en nada desmejora sus condiciones laborales, siguió con el mismo salario ya que le fue reconocido una bonificación mensualizada por compensación y todo lo contrario este incorporación a la UNP, permitió que la prima de riesgo ahora sea salario para liquidar sus prestaciones sociales.

Por otra parte frente al reconocimiento de una cotización especial para tener derecho a la pensión de vejez por actividad de alto riesgo que contemplaba la ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, es de resaltar que este derecho solo se contemplaba para algunos funcionarios del DAS, pero que al ser este organismo suprimido del ordenamiento, no contemplo en ninguna norma que se siguiera otorgando esta cotización especial para los servidores que pasaron a las diferentes Entidades, lo único cierto jurídicamente es lo establecido en el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011 "***Régimen de personal.*** *El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales*".

Bajo dicha norma, se puede establecer que el régimen aplicable para el servidor JORGE ALEJANDRO RODRÍGUEZ RUIZ, es el régimen general que rige a la Unidad Nacional de Protección y en dicho régimen no está contemplado que deba realizar cotizaciones especiales, más aun cuando el decreto que define las actividades de alto riesgo en Colombia, no contempla la función de escoltas de la Unidad nacional de Protección como actividad de alto riesgo, motivo para establecer que no le asiste razón al actor para reclamar este derecho.

Corolario a ello, con la expedición del acto legislativo 01 de 2015, elimino los regímenes especiales., solo conservando el régimen especial al presidente y a las fuerzas militares y de policía.

Finalmente, Inexistencia del derecho y de la obligación al pretender también un código y grado superior al establecido en el decreto 4067 de 2011, desconociendo que bajo las facultades que la Constitución Política de Colombia le faculta al presidente de la Republica a expedir decretos de esta naturaleza, fue así que dentro del proceso de supresión del DAS y con el fin de dar garantías a los funcionarios, fue que determino que pasaran a la UNP, conservando solo los derechos salariales y prestacionales y haciendo unas equivalencias entre la nomenclatura y clasificación de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y la nomenclatura y clasificación de empleos públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, aplicable a la Unidad Nacional de Protección, UNP, que para el caso se encuentra probado que el último cargo y código en el extinto DAS fue el de detective profesional código 207 grado 09 y basado al proceso de incorporación se ajustó al de OFICIAL DE PROTECCION código 3137 grado 13., cargo nuevo con el que siguió generando los mismos derechos salariales y prestacionales, ya que se les empezó a reconocer una bonificación por compensación y la prima de riesgo adquirió la connotación de factor salarial para tener derecho a la liquidación de sus prestaciones sociales, Lo que prueba, que la excepción pedida esta llamada a prosperar.

4. COBRO DE LO NO DEBIDO / Pago / falta de causa para pedir.

El actor pretende que la UNP le pague en dinero la jornada de servicio extraordinaria o adicional, por la función misional efectivamente causada, a sabiendas que como agente de Protección adscrito a la Subdireccion de Protección; ejecuta funciones de forma intermitente, por turnos de seguridad y protección y asignada a un esquema de protección y que su jornada de trabajo ordinaria como funcionario adscrito al área operativa, es de 12 horas diarias sin exceder las 66 horas a la semana, pero en el especifico caso que por razones del servicio se requiera exceder de dicha jornada, por cada 8 horas adicionales que demuestre o que acredite debe solicitar un día compensatorio, es decir, solo en el caso de exceder su jornada lo que debió hacer el funcionario demandante es haber solicitado días compensatorios, pero de acuerdo al expediente administrativo, no logra demostrar que se le adeude descanso compensatorios, de igual manera no existe prueba que establezca que sobrepaso su jornada ordinaria laboral por tal motivo es notorio que no cuenta con dicho derecho y sin embargo pretense el reconocimiento y pago de horas extras y de descansos compensatorios, configurándose así probatoriamente la excepción de cobro de lo no debido.

5. PRESCRIPCION EXTINTIVA DEL DERECHO

Solo en caso de ser condenada la entidad demanda, se deberá tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.".

A su vez, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, preceptúa:

"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de l968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

Está demostrado que presento la reclamación administrativa el día 26 de diciembre de 2014, lo que conlleva a establecer que opera contados a partir de los años anteriores a los últimos tres años, lo que significa que sus derechos están prescritos en caso de reconocimiento desde su ingreso al Departamento administrativo de Seguridad DAS, hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha extrema de terminación del vínculo por supresión del DAS.

6. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA E INJUSTIFICADO DEL ACTOR

Al pretender la parte actora el reconocimiento de derechos como es el caso el pago de horas extras sin estar acreditadas y a sabiendas que de acuerdo a lo regulado por la Ley, no autoriza ni expresamente lo contempla, para el servidor público de la UNP, se encuentra acreditado con los antecedentes administrativos que el demandante ostenta el nivel asistencial como Agente de protección código 4071 grado 16, adscrito a la Subdirección de Protección al Grupo de Esquemas Proyectivas, es decir, ejecuta una función operativa por turnos, intermitente y por tal motivo no tendría derecho a generar el pago de horas extras, dominicales ni festivas y por otro lado de acuerdo a su jornada ordinaria laboral a derecho es

de 12 horas diarias con un máximo a la semana de 66 horas, tampoco existe planilla que contemple que excedió de dicho horario y finalmente en caso que hubiere generado horas adicionales a dicha jornada lo procedente seria reconocerle descansos compensatorios, correspondiente a un compensatorio por cada 8 horas adicionales, así las cosas la presente excepción queda probada.

7. LEGALIDAD DEL ACTO ADMNISTRATIVO ACUSADO.

La UNP, como entidad pública debe someterse a la ley, en consecuencia al emitir el acto administrativo que dio respuesta al derecho de petición de la parte actora, no desconocido la normativa vigente y cumplió con el mandato Legal al negarle derechos que pretende sin justificación legal ni reglamentaria, en primer lugar por cuanto no podía reconocerle el pago de trabajo suplementario, ascenderlo a un grado superior al establecido como equivalente de acuerdo con el Decreto 4067 de 2011 y finalmente reconocerle derechos como realizar cotización especiales al régimen pensional, por cuanto, no existe marco normativo que así obligue a la UNP a reconocerle, los derecho pretendidos, en definitiva queda probado que el acto administrativo fue expedido respetando el ordenamiento jurídico y conforme a la normatividad vigente que la rige situación que prueba esta excepción de pleno derecho.

8. IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

En el actuar de la UNP se debe presumir la buena fe, a menos que se demuestre lo contrario (art 171 CCA). De conformidad a la Sentencia del Consejo de Estado, sección Tercera, del 30 de marzo de 2011, expediente 13001233100198907513 (18347): "(...)en otros términos, en medida en que la demanda o su oposición sea temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o practica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio se considera que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial". Lo cual también se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

9. GENERICA o INOMINADA:

Las demás excepciones, que no hubiesen sido presentadas, pero de acuerdo con la ley, encuentre probadas dentro de la presente demanda (Art 164 C.C.A; Art. 187 CPACA; Art 306 C.PC; Art 282 CGP).

V. *PRUEBAS*

Con el objeto de que sean valoradas y se practiquen en el momento procesal correspondiente y oportuno, me permito adjuntar al proceso las siguientes pruebas:

1. Documentales:

- *Los antecedentes administrativos –Historia laboral, los cuales constan en CD de conformidad a la información entregada por Talento Humano de la UNP.*
- Resolución 0362 de 1 de junio de 2016. ((CD medio magnético.)
- Resolución 0351 del 26 de junio de 2014. (CD medio magnético)
- Resolución 0092 del 5 de febrero de 2014. (CD medio magnético.)
- Resolución 0134 de 13 de abril de 2012. (CD medio magnético.)
- Resolución 137 de abril 1 del 2013. (CD medio magnético)

- Resolución 0554 del 17 de octubre de 2014, manual especifico de funciones y competencias laborales de la UNP (CD medio magnético.)
- Resolución 0004 del 9 de noviembre de 2011, manual especifico de funciones y competencias laborales de los empleados de la planta de personal de la UNP. (CD medio magnético)
- Resolución 0357 del 24 de septiembre de 2012, manual especifico de funciones y competencias laborales de los empleados de la planta de personal de la UNP. (CD medio magnético)
- Resolución 0087 de 27 de febrero 2013. (CD medio magnético)
- Resolución 0416 del 20 de septiembre de 2013, ajusta parcialmente Resolución 0357 del 24 de septiembre de 2012 y dicta otras disposiciones. (CD medio magnético)
- Concepto emitido por el Departamento de la Función Pública. (4 folios) emitidos por DAFP sobre la materia en controversia.
- Guía de correo por parte de la empresa DEPRISA.
- Constancia de entrega de la respuesta OFI15-00000981.

VI. ANEXOS:

- ✓ *Un CD con los antecedentes administrativos.*
- ✓ *Un CD con el régimen legal y reglamentario de la UNP -NORMATIVIDAD UNP.*
- ✓ *Demás pruebas documentales en mención impresas*
- ✓ *Poder debidamente conferido con sus anexos.*

VII. *NOTIFICACIONES:*

- *Apoderado: En la secretaria de su despacho. En forma expresa, manifiesto: que autorizo a recibir notificación por correo electrónico (art.205 C.P.A.C.A y recibir el mensaje de datos (artículo 201 inciso 3 del idem) al correo jayson.vargas@unp.gov.co*

- *Poderdante: Unidad Nacional de Protección (UNP), recibe las notificaciones en la* Carrera. 63 #14 95, Puente Aranda - Bogotá.,. *Igualmente se ha habilitado correo electrónico para efectos de notificaciones judiciales:* noti.judiciales@unp.gov.co, *el cual se encuentra referenciado en la página web de la UNP, lo anterior para agilizar él envió de notificación, sin embargo siguen recibiendo notificaciones por escrito en la dirección de correspondencia en mención, dirigido a la Oficina Asesora Jurídica de la UNP.*

Atentamente,

JEYSON EDUARDO VARGAS SUAREZ
C.C 4.119.957 expedida en Firavitoba (Boyacá)
T.P 205.168 C.S.J

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2018 - 1451

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

OFI20-00011003

Bogotá D.C. miércoles, 6 de mayo de 2020

Honorable Magistrado
LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
SECCION SEGUNDA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
Bogotá D.C.

Radicado:	**25000234200020180145100**
Acción:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**DAGOBERTO ROJAS PUENTES**
Demandado:	**UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION - UNP**
Asunto:	**Contestación Demanda**

JEYSON EDUARDO VARGAS SUAREZ, abogado titulado y en ejercicio, portadora de la tarjeta de profesional 205.168 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliado en el municipio de Bogotá e identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderado de la Unidad Nacional de Protección –UNP-, de acuerdo a las facultades otorgadas en el poder que anexo, entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio del Interior y creada mediante Decreto 4065 de octubre 31 de 2011 y en defensa de la UNP en todo lo relacionado con el proceso de la referencia, me permito dar **contestación** a la demanda dentro del término legal, en los siguientes términos:

I. FRENTE A LOS HECHOS:

En cuanto a los hechos descritos en la demanda, me atengo a lo que resulte probado dentro del proceso y a lo que disponga la ley en materia sustancial y procesal, siempre y cuando guarde relación con el asunto objeto de la misma y las Funciones de la Entidad. Además, se deben acreditar con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

1. Es cierto, aclarando que conforme a lo informado por la Subdirección de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección., resaltando que por disposición del Decreto 4067 del 31 de Octubre de 2011 para efectos incorporación directa de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en los cargos creados en la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección, UNP, se hace necesario establecer las siguientes equivalencias, entre la nomenclatura y clasificación de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y la fijada en el sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos públicos de la rama ejecutiva nacional, aplicable a la Unidad Nacional de Protección, UNP y determinar aspectos salariales y prestacionales aplicables a los empleados de la Unidad Nacional de Protección, UNP, que sean incorporados, así:

NIVEL ASISTENCIAL

SITUACION ANTERIOR EN EL DAS			SITUACION NUEVA EN LA UNP		
DENOMINACION DEL EMPLEO	CODIGO	GRADO	DENOMINACION DEL EMPLEO	CODIGO	GRADO
AGENTE ESCOLTA	07	09	AGENTE DE PROTECCIÓN	4071	16

Es decir, de los antecedentes administrativos se puede establecer que fue nombrado en provisionalidad a la planta global del DAS al área operativa como agente escolta código 205- grado 05, debido al proceso de incorporación, ordenada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4067 de 2011 paso a la Unidad Nacional de Protección en estricta sujeción al cargo de agente de Protección CÓDIGO 4071 GRADO 16., es decir, el cargo que actualmente ostenta es el equivalente al ordenado por el Gobierno Nacional.

2. No es cierto, además es un hecho completamente subjetivo, no claro, cuando relaciona que su actividad es de alto riesgo no fundamenta si es para acreditar su derecho pensional como lo establece la ley 100 de 1993 y su reforma de la Ley 860 de 2003 o hace alusión a lo establecido por el decreto 2646 de 1994, donde se otorgó una prima de riesgo para algunos funcionarios adscritos al DAS debido a las actividades desarrolladas y, que de acuerdo al decreto no constituía factor salarial.

"Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual."

"La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994."

Por otra parte, si lo que desea es el derecho pensional, es de resaltar que la Unidad Nacional de Protección no es Entidad que pensiona a su personal ya que para ello debe acreditar que el servidor se encuentra afiliado a un Fondo de Pensiones, que para el caso, sería ante COLPENSIONES, por otra parte no le asiste razón jurídica para establecer que la Unidad debe realizar cotización especial y pago al fondo de pensiones para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a actividad de alto riesgo, cuando no existe en el ordenamiento jurídico, norma o marco normativo que contemple que la Unidad Nacional de Protección, deba efectuar estas cotizaciones especiales.

3. Es parcialmente cierto, basados en el artículo 13 del Decreto 1932 de 1989, aclarando que la prima de riesgo de acuerdo con lo establecido en el decreto 2646 de 1994, no es factor salarial, así como tampoco lo es, el reconocimiento de trabajo suplementario., frente a las cotizaciones especiales al sistema pensional, no existe marco normativo que establezca que la Unidad Nacional de Protección deba realizar estas cotizaciones al personal que labora en su planta global.

4. Es cierto, aclarando que en su momento como empleada del extinto DAS y de acuerdo a los documentos y pruebas, su vinculación fue a lo establecido en el artículo 4 numeral 2 de la Ley 909 de 2004.

5. Parcialmente cierto, aclarando que mediante el decreto 4057 de 2011 el Gobierno Nacional suprime el Das, no lo liquida.

6. No es cierto, por cuanto la distribución de personal del DAS se debió al traslado de funciones de acuerdo con lo prescrito en el artículo 3 del Decreto 4057 de 2011, así:

"Artículo 3°. Traslado de funciones. Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2°, del Decreto 643

de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

3.1. Las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros de que trata el numeral 10 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 y las demás disposiciones sobre la materia, se trasladan a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, que se creará en decreto separado.

3.2. La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política.

3.3. La función comprendida en el numeral 12 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

Una vez culminado el proceso de incorporación de los servidores del DAS necesarios para la prestación del servicio a la planta de personal del Ministerio de Defensa Policía Nacional, así como el traslado de los elementos, bienes y equipos, las autoridades judiciales continuarán remitiendo los informes y avisos necesarios para que el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional mantenga actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.

El Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional garantizará que la información contenida en las bases de datos mantenga los niveles de seguridad requeridos de acuerdo a su naturaleza.

Igualmente, en desarrollo de esta función el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional deberá garantizar el acceso y consulta a la información en línea a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial y autoridades administrativas que en razón a sus funciones y competencias lo requieran; los titulares de los datos tendrán acceso a la información correspondiente a su certificado Judicial en los mismos términos y condiciones señalados en las normas vigentes.

3.4. **La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado.**

"ARTICULO 4: Supresión de empleos y proceso de incorporación. El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011.

Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto.

Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). *Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.*

Los servidores que no sean incorporados a los empleos de las entidades receptoras permanecerán en la planta de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión hasta el cierre de la misma si acreditan las condiciones de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximos a pensionarse señaladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

Los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley 790 de 2002 se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Parágrafo. Para efectos de la desvinculación del personal que goza de la garantía del fuero sindical, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidos en las normas que rigen la materia. Los procesos tendientes a obtener permiso para retirar al empleado amparado con el fuero sindical deberán adelantarse dentro de los términos establecidos en la ley y los jueces laborales con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta."

7. Es cierto de acuerdo a la Resolución de incorporación No. 0044 del 27 de diciembre de 2011 con carácter provisional y al acta de posesión de fecha 1 de enero de 2012 La Unidad incorpora al señor DAGOBERTO ROJAS, a la planta global de la UNP, en el cargo de Oficial de Protección código 3137 grado 13, al tenor de lo prescrito en los Decretos 4066 y 4067 de 2011; sin solución de continuidad. Es decir, ajustándose a la equivalencia y con los respectivos derechos salariales y prestacionales ordenados por el Gobierno Nacional.

8. No nos consta por cuanto es una disposición del Gobierno Nacional bajo los postulados constitucionales y legales, basados en el acto legislativo 01 de 2005 que elimino regímenes especiales de carrera., frente a la cotización especial regulada en la Ley 860 de 2003, obligaba al DAS a realizar dichos pagos hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha en la cual este funcionario fue vinculado a la Unidad Nacional de Protección y atendiendo lo reglado en el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011, determino con claridad que el régimen salarial y prestacional de los funcionarios del extinto DAS, sería el que rija en la entidad receptora, que para el caso, se encuentra como probado que el señor DAGOBERTO ROJAS, al ser incorporado a la Unidad Nacional de Protección se acogió éste régimen salarial y prestacional, además es notorio que de acuerdo a dicha disposición, la prima de riesgo fue incorporada al salario y se le reconoce una bonificación por compensación.

   Finalmente, la normatividad vigente que regula la pensión de vejez por alto riesgo no determina como beneficiarios o como actividades riesgosas las ejercidas por los agentes u oficiales de protección de la Unidad Nacional de Protección.

9. No es un hecho, es una apreciación subjetiva de la parte actora que para el presente asunto no guarda consonancia a las pretensiones de la presente litis., por cuanto fue una disposición del Gobierno Nacional que se sale de la órbita de la Unidad, pero que no corresponde con la realidad jurídica ya que de acuerdo con lo Dispuesto por el decreto 4057 de 2011 si se respetó su régimen de carrera.

121

"Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad" (artículo 6 del Decreto 4057 de 2011).

También a lo contemplado en el Artículo 2° del Decreto 4067 de 2011 *"Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a quienes se les suprima el empleo como consecuencia de la Supresión del Departamento y cuya incorporación se ordena en los empleos creados en la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección, UNP,* ***serán incorporados con estricta sujeción a las equivalencias establecidas en el artículo 1° del presente decreto,*** *sin que se les exijan requisitos adicionales a los acreditados en el momento de su posesión del cargo del cual eran titulares.*

La aplicación de estas equivalencias no conlleva la pérdida de los derechos de carrera para quien los acredite, ni afecta los procesos de selección en curso."

10. No es un hecho que guarde consonancia con las pretensiones de la presente demanda, aclarando que de acuerdo con la Constitución Política, ésta le faculta al gobierno Nacional para expedir decretos y si los ciudadanos no están de acuerdo, deben iniciar la acción de nulidad por inconstitucionalidad; para el presente caso, no guarda relación con la causa pretendí, pero de igual manera resaltando lo expuesto en el hecho anterior, se puede establecer que dicha situación no causo medidas regresivas o vulneración a normas superiores.

11. No nos consta, además es un argumento subjetivo por parte del actor, competencia y voluntad del Gobierno Nacional que no guarda relación con las pretensiones de la demanda aclarando que con la aplicación al artículo 6º del Decreto Ley 4057 de 2011 que, como se indicó anteriormente, hace alusión a la supresión de empleos y proceso de incorporación de los exservidores del extinto DAS tuvo cabal cumplimiento por parte de esta Unidad. Lo anterior por cuanto no se trata de una *"homologación"* de empleos, sino que de conformidad con el Decreto 4067 de 2011, es una equivalencia entre la nomenclatura y clasificación de empleos del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y la fijada en el sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos públicos de la rama ejecutiva nacional, aplicable a la Unidad Nacional de Protección, UNP *(Situación anterior – DAS y Situación Nueva – UNP)*, la cual se materializó mediante Resolución 0044 de 27 de diciembre de 2011, expedida por el Director General de la Unidad Nacional de Protección.

Por otra parte, resaltar que dicho personal de acuerdo con lo ordenado en el Decreto 4067 de 2011 establecido lo siguiente:

> ***Artículo 2°.*** *Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a quienes se les suprima el empleo como consecuencia de la Supresión del Departamento y cuya incorporación se ordena en los empleos creados en la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección, UNP, serán incorporados con estricta sujeción a las equivalencias establecidas en el artículo 1° del presente decreto, sin que se les exijan requisitos adicionales a los acreditados en el momento de su posesión del cargo del cual eran titulares.*
>
> *La aplicación de estas equivalencias no conlleva la pérdida de los derechos de carrera para quien los acredite, ni afecta los procesos de selección en curso.*

Parágrafo. *De conformidad con lo señalado en el decreto de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias establecidas en el artículo anterior, la asignación mensual de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del DAS comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a la vigencia del presente decreto.*

En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica mensual inferior a la asignación mensual que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una ***bonificación mensual por compensación*** *que constituye factor salarial para todos los efectos legales.*

Artículo 3°. *Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, incorporados en la Unidad Nacional de Protección, UNP, conservarán los beneficios salariales y prestacionales que venían percibiendo, con excepción de la prima de riesgo que quedó incorporada a la asignación básica y a la bonificación especial por compensación, hasta su retiro de la entidad.*

Por otra parte, basados en lo prescrito en el artículo 20 del Decreto 4065 de 2011, es evidente que el régimen de carrera, de clasificación y de administración de personal, es el régimen general, así:

"ARTÍCULO 20. Planta de personal. De conformidad con la estructura prevista por el presente decreto el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades señaladas en el artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998, procederá a adoptar la planta de personal necesaria para el debido y correcto funcionamiento de la Unidad Nacional de Protección.

A los empleados de la Unidad se les aplicará el régimen general de carrera administrativa, de clasificación y de administración de personal".

12. No es cierto, por cuanto como se expuso en el Decreto 4067 de 2011, se decretaron equivalencias entre nomenclatura y clasificación de empleos, siendo así, está demostrado que el demandante ostentaba como último cargo en el extinto DAS el de Detective Profesional código 207 grado 09, en carrera y basados a lo ordenando en el Decreto ibidem, paso a la Unidad Nacional de Protección al de Oficial de protección Código 3137 grado 13, es decir, su proceso de incorporación ajustado a la equivalencia ordenada por el decreto 4067 de 2011.

13. No es cierto, ya que como se expuso en el hecho anterior, la Unidad Nacional de Protección se ajustó a lo ordenado por el decreto 4067 de 2011, donde el gobierno Nacional dispuso la equivalencia de empleos., es de resaltar que no le asiste derecho a la parte actora para que dentro de la presente demanda, solicite un cargo diferente al que quedo establecido en el Decreto, ya si quiere aspirar a un acenso debe aplicar mediante concurso de mérito, por otra parte, no se puede olvidar, que incumbe a la parte actora probar cada supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y para el presente hecho no existe pruebas fácticas ni jurídicas que lo respalden.

14. No es cierto, por cuanto no existe prueba que demuestre que en efecto la demandante acredito trabajo suplementario y que la Unidad no le reconoció dicho derecho, más aún cuando no

122

especifica cual fue el tiempo laborado de más y en que espacios de tiempo los realizo y quien le autorizo trabajar horas extras o dominicales o festivas, resaltando de igual manera que de acuerdo con lo establecido en el parágrafo único del artículo 12 del Decreto 1932 de 1989 se estableció lo siguiente:

> ***Parágrafo.*** *Por la naturaleza del servicio que prestan los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de horas extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma prevista por el artículo 68 del Decreto 512 de 1989.*

Anterior norma aplicable al presente caso por cuanto de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del Decreto 4065 de 2011 estableció que las normas que se aplicaban al DAS únicamente para el proceso de funcionamiento y que siguen vigentes por ser normas especiales se continúan aplicando, así:

> ***Artículo 24.*** Referencias Normativas. *Las referencias que hagan las disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y al Programa de Protección del Ministerio del Interior, que tengan relación con las funciones expresadas en el presente Decreto, deben entenderse referidas a la Unidad Nacional de Protección,*
>
> *De igual forma, las referencias que hagan las disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad y al Programa de Protección del Ministerio del Interior como asistente, integrante o miembro de Consejos, Comisiones, Juntas, Mesas u otras instancias de deliberación, relacionadas con las funciones que en el presente Decreto se mencionan, deben entenderse referidas a la Unidad Nacional de Protección.*

15. No nos consta, por cuanto el hecho está relacionado con el extinto DAS, pero es algo completamente ilógico que una persona labore 20 horas diarias los siete días de la semana, no podemos olvidar que existe la obligación legal de ajustar nuestros hechos y pretensiones bajo los postulados de la buena fe y sin temeridad, sin embargo, me atengo a lo que se pruebe de acuerdo con lo establecido en el artículo 167 del CGP.

16. No nos consta, por cuanto relaciona al extinto DAS, motivo por el cual nos atenemos a lo que se pruebe y a lo acreditado según a la documental que obra en sus antecedentes administrativos.

17. No es cierto, ya que como se ha venido sustentando la Unidad Nacional de Protección no reemplazo al DAS, es una entidad Nueva que asumió unas funciones y de acuerdo con ello el Gobierno Nacional mediante el decreto 4067 de 2011 ordeno la incorporación de algunos de esos empleados a la planta de personal.

18. Es cierto, de acuerdo con la documental aportada por la parte actora y a los antecedentes administrativos.

19. Es cierto, resaltando que frente a la reclamación que adelanto el apoderado LUIS EDUARDO PINEDA PALOMINO, la subdirección de talento humano de la UNP, emitió por la empresa de correo DEPRISA el oficio 00000981 de fecha 20 de enero de 2015 a la calle 19 No. 4-77 oficina 603.

20. Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos por el apoderado de la parte actora resaltando que en efecto mediante el OFI15-0001151 de fecha 21 de enero de 2015 se allego el acto administrativo OFI15-00000981 en donde se da respuesta a tres peticiones presentadas por el apoderado de la parte actora Luis Eduardo Pineda Palomino.

21. No es cierto, ya que existe prueba que la Subdireccion de Talento humano de la Unidad remitió la respuesta a la dirección aportada en los derechos de petición la cual corresponde a la oficina del Abogado PINEDA PALOMINO y la cual se materializo a través de la empresa de correo DEPRISA con la guía No. 999016115563.

22. No es cierto, como puede evidenciarse la misma parte actora manifiesta en el hecho 20 que le fue enviado el acto administrativo demandado y ahora se contradice manifestando que no le fue enviada la respuesta, siendo lo probado que en efecto existe la guía No. 999016115563 de la empresa DEPRISA, a través de la cual se envió la respuesta a los derechos de petición que habían radicado en la UNP y, legalmente para comunicar una respuesta a un derecho de petición, la misma, se hace a la dirección que expuso en el derecho de petición, que para el caso fue a la calle 19 No. 4-77 oficina 603, desconociendo la apoderada, que la respuesta a un derecho de petición no admite recursos ordinarios.

23. No es cierto, es un hecho completamente subjetivo sin respaldo normativo ya que como se ha venido acreditando el acto administrativo de respuesta fue enviado por correo a la dirección que dejo el apoderado y de acuerdo con la guía expedida por la empresa DEPRISA la misma fue entregada el día 23 de enero de 2015 a las 10:59 DE LA MAÑANA por el encargado de la portería del edificio CUATRO TORRES, así consta en la guía de entrega y postura del sello de recibido.

24. No es cierto ya que existe prueba de la entrega a la respuesta emitida bajo el documento OFI15-00000981 con fecha de entrega 23 de enero de 2015.

25. Es cierto de acuerdo con la documental aportada en donde se aprecia el acta fallida y con ello agotando el requisito de procedibilidad.

26. Es cierto de acuerdo con la consulta realizada a la base de gestión siglo XXI resaltando que desconocemos quienes son los demandantes y las pretensiones del mencionado proceso.

27. Es cierto, de acuerdo con consulta que se adelanta en la página de la Rama Judicial.

28. Es cierto, de acuerdo con lo establecido en la página de la Rama Judicial.

29. Es cierto basados en la base SIGLO XXI de la rama judicial.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES:

La Unidad Nacional de Protección -UNP-, creada mediante el Decreto 4065 de octubre 31 de 2011, con personería jurídica y adscrita al Ministerio del Interior, se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda (declaraciones y condenas), toda vez que la entidad que representó no se le puede imputar

123

responsabilidad administrativa, al carecer el acto acusado de vicio, es un acto expedido conforme a derecho.

Por lo tanto, **solicito** al despacho, negar las pretensiones y/o declarar probada las excepciones propuestas, en cuanto no existen fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento a las mismas, como se demostrará dentro de este proceso.

En su lugar, se solicita condena en costas al demandante, de prosperar la(s) excepción(s) propuesta(s).

Además, resaltar que ni en la solicitud de conciliación prejudicial ni en las pretensiones ni en los hechos de la demanda, indica cual es la jornada ordinaria y adicional efectivamente prestada, es decir, no relaciona claramente ni determina cada concepto en circunstancia de tiempo, modo y lugar, tan solo lo hace en forma general, pues alegar un derecho sumariamente no es prueba suficiente que haya generado un servicio adicional o trabajo suplementario o que se le hayan negado su derecho de compensación. Pues con afirmar "no recibir los recargos salariales correspondientes", considero que no acredita en debida forma el trabajo en tales turnos, no se establece ni el número de horas, ni las fechas o jornadas en que ello ocurrió, es tan solo una afirmación subjetiva, sin respaldo probatorio, simplemente realiza una aproximación de un supuesto para establecer la cuantía del proceso. Aun con respaldo probatorio, no se genera recargo alguno por la naturaleza del servicio –funciones intermitentes y discontinuas que prestan el actor, servidor público de la UNP, tan solo y suficientemente procede la compensación en tiempo de descanso, como se dijo anteriormente, con fin de general una recuperación física y metal tanto personal y familiar.

Frente a las restantes pretensiones, consideramos son de pleno derecho, significa entonces que al revisar la demanda no existe relación de cuáles son las normas vulneradas ni el concepto de su violación por parte de la Unidad Nacional de Protección al expedir los respectivos actos administrativos, razón para oponernos y considerar que al actor no le asiste derecho para reclamar.

III. RAZONES DE LA DEFENSA Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Objeto del litigio:

Es analizar la legalidad del acto administrativo que deniega las pretensiones referente al pago de las horas extras, dominicales y festivas y recargos nocturnos, la inclusión al factor salarial de estas para liquidar prestaciones sociales periódicas y definitivas y los aporte a la seguridad social, causadas en la relación legal y reglamentaria entre el demandante y las entidades demandadas, es decir el extinto DAS y la Unidad Nacional de protección, pretende se le reconozca pertenecer a un cargo superior al incorporado en la Unidad Nacional de Protección que para el caso sería al de OFICIAL DE PROTECCION 3137-15 y finalmente se ordene las cotizaciones especiales al sistema pensional para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a alto riesgo.

Marco Normativo:

Legalidad y vigencia de la norma que consagra régimen de jornada y horario laboral, salario y prestacional de la UNP, es:

1.1Decreto 4065 de octubre 31 de 2011.

Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura.

"ARTÍCULO 1o. CREACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN (UNP).

Créase la Unidad Administrativa Especial del orden nacional, denominada Unidad Nacional de Protección (UNP), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Interior, hará parte del Sector Administrativo del Interior y tendrá el carácter de organismo nacional de seguridad.

ARTÍCULO 20. PLANTA DE PERSONAL. De conformidad con la estructura prevista por el presente decreto el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades señaladas en el artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998, procederá a adoptar la planta de personal necesaria para el debido y correcto funcionamiento de la Unidad Nacional de Protección.
A los empleados de la Unidad se les aplicará el régimen general de carrera administrativa, de clasificación y de administración de personal.

PARÁGRAFO Transitorio. El certificado de disponibilidad presupuestal para proveer los cargos de Director General y Secretario General de la Unidad Nacional de Protección será expedido por el Subdirector Administrativo y Financiero del Ministerio del Interior".

Otro de los artículos que se deben de tener en cuenta al momento de valorar los argumentos en la presente demanda es lo dispuesto en el artículo 24 del decreto 4065 de 2011, allí se previó, que las diferentes referencias normativas que permanecieran vigentes y que se aplicaban al DAS se entendían referidas a la Unidad Nacional de Protección, así:

> *"Las referencias que hagan las disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad DAS y al programa de Protección del Ministerio del Interior, que tengan relación con las funciones expresadas en el presente Decreto, deben entenderse referidas a la Unidad Nacional de Protección"*

1.2 Decreto 4067 de 31 de octubre de 2011.

Por el cual se establecen equivalencias de empleos y se dictan otras disposiciones en materia salarial y prestacional.

"(..) ARTÍCULO 2o. Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a quienes se les suprima el empleo como consecuencia de la Supresión del Departamento y cuya incorporación se ordena en los empleos creados en la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección, UNP, serán incorporados con estricta sujeción a las equivalencias establecidas en el artículo 1o del presente decreto, sin que se les exijan requisitos adicionales a los acreditados en el momento de su posesión del cargo del cual eran titulares.
La aplicación de estas equivalencias no conlleva la pérdida de los derechos de carrera para quien los acredite, ni afecta los procesos de selección en curso.

PARÁGRAFO. De conformidad con lo señalado en el decreto de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias establecidas en el artículo anterior, la asignación mensual de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del DAS comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a la vigencia del presente decreto.

En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica mensual inferior a la asignación mensual que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual por compensación que constituye factor salarial para todos los efectos legales.

ARTÍCULO 3o. Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, incorporados en la Unidad Nacional de Protección, UNP, conservarán los beneficios salariales y prestacionales que venían percibiendo, con excepción de la prima de riesgo que quedó incorporada a la asignación básica y a la bonificación especial por compensación, hasta su retiro de la entidad."

Como puede evidenciarse con la anterior norma, esta fue mas beneficiosa para los servidores que se incorporaron a la Unidad ya que en el extinto DAS la prima de riesgo por disposición del Gobierno Nacional no constituía factor salarial.

1.3. Otra de las normas especiales vigentes que deben aplicarse al presente asunto, como referencia normativa y en vista a que el actor perteneció como servidor al extinto DAS y bajo el proceso de incorporación ordenado por el Gobierno Nacional paso a la Unidad, es el **Decreto 1932 de 1989** (agosto 28) del DAS, el cual, frente a la jornada de trabajo, estipulo:

"ARTÍCULO 12. JORNADA DE TRABAJO. La asignación básica mensual fijada en la escala de remuneración señalada en este Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas.

Sin embargo, por especiales razones del servicio, el Jefe del Departamento podrá disponer jornadas hasta de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas.

Dentro de los límites máximos fijados en este artículo el Jefe del Departamento podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo constituya trabajo suplementario o de horas extras.

PARÁGRAFO. Por la naturaleza del servicio que prestan los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de horas extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma prevista por el artículo 68 del Decreto 512 de 1989".

1.4 El Decreto 1042 de junio 7 del 1978, aclarando que a pesar de regular la jornada de trabajo que aplica para todos los servidores públicos a nivel nacional y territorial, dicho decreto goza del mismo rango jerárquico que el decreto 1932 de 1989 que de manera especifica regulo la jornada de trabajo para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", siendo este último expedido con posterioridad y permanece vigente para aquellos servidores que venían desempeñándose en el DAS y fueron incorporados a la Unidad Nacional de Protección de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4067 de 2011.

Resaltando que por disposición del literal c del artículo 104 de la citada norma (*Decreto 1042 de 1978*), esta no tiene aplicabilidad en los empleados de las entidades que tiene régimen especial como es el caso analizado, donde está demostrado que el actor por haber pertenecido al extinto DAS lo regula la norma especial, es decir el Decreto 1932 y 1933 de 1989.

Corolario a lo expuesto, se puede complementar que de igual manera contempla un horario de 12 horas diarias sin que a la semana se pueda exceder de 66 horas a aquellos trabajadores que ejercen actividades discontinuas e intermitentes como es el caso de los escoltas.

ARTICULO 33. DE LA JORNADA DE TRABAJO. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de ***actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.*** *El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.*

Como se trata de un caso especial y de acuerdo a las referencias normativas vigentes a los servidores del extinto DAS y que se incorporaron a la planta de la UNP es evidente que se encuentra como norma específica el Decreto 1933 de 1989, norma que establece el régimen prestacional de los empleados del DAS, así:

16. FACTORES PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad de que trata el Decreto 3135/68 a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos por antigüedad;

c) La bonificación por servicios prestados;

d) La prima de servicio;

e) La prima de vacaciones;

f) El subsidio de alimentación;

g) El auxilio de transporte;

h) Los gastos de representación.

ARTÍCULO 17. FACTORES PARA LIQUIDAR VACACIONES PRIMA DE VACACIONES. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones a los

empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicia el disfrute de aquéllas:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos por antigüedad;

c) La bonificación por servicios prestados;

d) La prima de servicio;

e) El subsidio de alimentación;

f) El auxilio de transporte;

g) Los gastos de representación.

ARTÍCULO 18. FACTORES PARA LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIÓNES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos por antigüedad;

c) La bonificación por servicios prestados;

d) La prima de servicio;

e) El subsidio de alimentación;

f) El auxilio de transporte;

g) La prima de navidad;

h) Los gastos de representación;

i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;

j) La prima de vacaciones.

ARTÍCULO 19. FACTORES PARA LIQUIDAR OTRAS PRESTACIONES. Para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte de que tratan los decretos, 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la compensación en caso de muerte, de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b) Los incrementos por antigüedad:

c) La bonificación por servicios prestados;

d) La prima de servicio;

e) El subsidio de alimentación;

f) El auxilio de transporte;

g) La prima de vacaciones;

h) Los gastos de representación.

1.5 Decreto 1045 de 1978 (junio 17), por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

"***Artículo 17***.- *De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:*
a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
c) Los gastos de representación;
d) La prima técnica;
e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de servicios;
g) La bonificación por servicios prestado.
En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este Decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas.

Artículo 45º.- *De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación y la prima técnica;
c) Los dominicales y feriados;
d) Las horas extras;
e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de navidad;
g) La bonificación por servicios prestados;
h) La prima de servicios;
i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
k) La prima de vacaciones;
l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.

Ver Concepto Secretaría General 50 de 2001

Artículo 46º.- De los factores de salario para liquidar otras prestaciones. *Para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*
a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
c) Los gastos de representación;
d) La prima técnica;
e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de servicios;
g) La bonificación por servicios prestados;
h) La prima de vacaciones. Ver: Artículo 13 Decreto Nacional 1848 de 1969

Artículo 57.- De la vigencia. *Las reglas del presente decreto se aplicarán al reconocimiento y pago de las prestaciones desde el 20 de abril de 1978, cualquiera sea la fecha en que se hayan causado.*

El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición, surte efectos fiscales desde el 10 de abril del presente año y subroga en su totalidad el Decreto-Ley 777 de 1978.

1.6 Resolución 0134 del 13 de abril de 2012 expedido por la Unidad Nacional de Protección.

Por medio de la cual se establece jornada de trabajo de la UNP y rige a partir de su expedición. Expedida por el Director General de la UNP en ejercicio de las facultades de los artículos 1 del Decreto 1876 de 1970, 33 del decreto 1042 de 1978, 11 numeral 15 del decreto 4065 de 2011.

*"**ARTICULO PRIMERO. HORARIO DE TRABAJO:** El horario de trabajo en la Unidad Nacional de Protección, es de lunes a viernes de 7:30 A.M a 5:00 P.M, en jornada continua. El sábado se considera como un día no hábil.*

Parágrafo primero. *Los empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de seguridad, podrá señalarse les una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana exceda un límite de sesenta y seis (66) horas.*
Sin embargo, por especiales razones del servicio, el Jefe de la Unidad podrá disponer jornadas hasta de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas.

Parágrafo segundo: *Dado el carácter de organismo nacional de seguridad de la Unidad y su misión institucional, algunos funcionarios deberán prestar sus servicios en horas diurnas y nocturnas, o en días dominicales y festivos, para lo cual procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado y no habrá lugar al reconocimiento y pago de horas extras o pago de dominicales o festivos".*

1.7 Resolución 0092 del 5 de febrero de 2014 de la UNP.

Por la cual se establece la jornada y el horario de la planta de personal de la UNP, para su cumplimiento y control, se fija horario de atención al público, se deroga la Resolución 0134 del 13 de abril de 2012 y se dictan otras disposiciones. Expedida por el Director General de la UNP en ejercicio de las facultades de los artículos 1 (2) del Decreto 1876 de 1970, 33 del decreto 1042 de 1978, 11 numeral 15 del decreto 4065 de 2011.

I. ASPECTOS GENERALES:

Artículo 1: Definiciones. *Para efectos de aplicación de la presente resolución, se dará aplicación a las siguientes definiciones:*
(...)
C. Servidor público: *Se entiende por servidor público a aquellos miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes están al servicio del estado y de la comunidad, ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la Constitución Política, la Ley y los Reglamentos.*
I. Servidor Público con funciones misionales u operativas: Los servidores públicos con funciones misionales u operativas en la Unidad Nacional de Protección, son aquellas personas que ostenten empleos que cumplen funciones que implican el desarrollo de actividades continuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, en l marco del objeto y misión de la Unidad Nacional de Protección.
(...)
Artículo 2º: Ámbito de Aplicación. *Esta resolución aplica para todos los servidores públicos que laboran en la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN-UNP, tanto en la ciudad de Bogotá D.C., como en todas y cada una de las Unidades Operativas Administrativas –UAO- del PAÍS.*
II. DE LA JORNADA LABORAL, EL HORARIO DE TRABAJO Y LA ATENCIÓN AL PUBLICO.

Artículo 4: Horario de trabajo para servidores públicos de la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION – UNP. *(...)*

Parágrafo 1: *Para los* ***empleados cuyas Funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, tendrán disponibilidad permanente y se les podrá señalar una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas****.*
Adicionalmente estos funcionarios por tener una disponibilidad permanente, se les podrá compensar el tiempo de servicio prestado en estas condiciones, según disposiciones de cada subdirección y disponibilidad de recursos humanos.
Parágrafo 2: *Por la naturaleza del servicio que prestan los servidores públicos de la UNP, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos,* ***no tendrán derecho al reconocimiento y pago de extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado****, en la forma que la subdirección de protección y la subdirección de evaluación de riesgo de la Unidad adopten, de acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo inmediatamente anterior.*
Artículo 5: Delegación. *Deléguese las siguientes sobre la administración de personal así:*

i. En el subdirector de protección y en el Subdirector de evaluación del Riesgo de la Unidad Nacional o quienes hagan sus veces, la facultad de establecer compensatorios según necesidad del servicio a servidores públicos con funciones misionales u operativas según definido en esta resolución; situación que deberá ser reportado a la subdirección de talento humano para lo de su competencia.
ii. En la Subdirectora de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección o quien haga sus veces, la facultad de establecer compensatorios según las necesidades del servicio a servidores públicos con funciones administrativas según lo definido en esta Resolución, previo concepto favorable de los directivos y jefes de dependencia y la normatividad vigente en la materia.

Artículo 24: Vigencia y derogatoria. *La presente Resolución rige a partir de la fecha de expedición y deroga las disposiciones que sean contrarias, en especial la Resolución 0134 del 13 de abril de 2012 y la Resolución 0137 de 01 de abril de 2013. "*

2.7 Resolución 0351 del 26 de junio de 2014 de la UNP, por la cual modifica parcialmente la Resolución 092 de febrero de 2014 y dictan otras disposiciones:

"Artículo 1: *Modifíquese el Parágrafo 1 del artículo 4 de la resolución 0092 de 5 de febrero de 2014, el cual quedará así:*

Artículo 4: *(...)*

Parágrafo 1: *Para los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, tendrán disponibilidad permanente y se les podrá señalar una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas.*

Sin embargo, por especiales razones del servicio, este despacho autoriza disponer jornadas hasta de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas.

Adicionalmente estos funcionarios por tener una disponibilidad permanente, se les podrá compensar el tiempo de servicio prestado en estas condiciones, según disposición de cada subdirección y disponibilidad de recursos humanos.

(...)

Artículo 5º: Vigencia. *La presente Resolución rige a partir de la fecha de expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias. Las demás disposiciones establecidas en la resolución 0092 del 5 de febrero de 2014 que no hayan sido modificadas mantienen su vigencia. -26 junio 2014."*

2.8 Resolución 0362 de 1 de junio de 2016 de la UNP.

" I. ASPECTOS GENERALES.

Artículo 1: Definiciones. *Para efectos de la aplicación de la presente resolución, se dará aplicación a las siguientes definiciones:*
(...)
C. Servidor público: se entiende por servidor público a aquellos miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicio, quienes están al servicio del estado y de la comunidad, ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la constitución Política, la Ley y los reglamentos.

a. ***Servidor público con funciones misionales u operativas:*** *Los servidores públicos con funciones misionales u operativas en la Unidad Nacional de Protección, son aquellas personas que ostente empleos que cumplen funciones que implican el desarrollo de actividades discontinuas,*

intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, en el marco del objeto y misión de la Unidad Nacional de Protección.

b. ***Servidor público con funciones administrativas:*** *Los servidores públicos con funciones misionales u operativas en la Unidad Nacional de Protección, son aquellas personas que ostente empleos diferentes a los servidores públicos con funciones misionales y operativas y que ejecutan actividades de apoyo administrativo a la Unidad Nacional de Protección.*

Artículo 4: *Horario de trabajo para Servidores públicos de la Unidad Nacional de Protección -UNP (...).*

Parágrafo 1°: *Para los empleados cuyas unciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, tendrán disponibilidad permanente y se les podrá señalar una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana exceda un límite de sesenta y seis (66) horas.*

Sin embargo, por especiales razones del servicio, este despacho autoriza Disponer jornada hasta dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana exceda el límite de setenta y dos horas. Adicionalmente estos funcionarios por tener una disponibilidad permanente, se le s podrá compensar el tiempo de servicio prestado en estas condiciones, según disposición de cada Subdirección y disponibilidad de recursos humanos.

Parágrafo 2°: *De Acuerdo con el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, la jornada de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia. Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.*

El trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicara lo dispuesto por las horas extras.

Como se desprende de la norma, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 semanales, pero se contempla una excepción para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que podrá señalarles una jornada de trabajo de doce horas diarias sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Dentro de esos límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; hace la advertencia que el trabajo exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

(...)

Artículo 26°: Vigencia y derogatoria. *La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial la Resolución 0092 del 5 de febrero de 2014, la Resolución 0351 de 26 de junio de 2014, la Resolución 0487 del 2 de septiembre de 2014 y la Resolución 0059 del 5 de febrero de 2016."*

128

En defensa y contrario a lo pedido por la parte actora, desarrollo los siguientes argumentos legales y facticos en defensa de la UNP, para que sean considerados así:

2 RÉGIMEN PRESTACIONAL Y SALARIAL DE LA UNP.

La supresión del DAS, conlleva a que **el régimen prestacional y salarial** que tenía no puede trasladarse a la entidad donde se incorporó el funcionario, lo anterior se desprende del **artículo 7 del Decreto 4057 de 2011**, el cual dispone que el régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados **será el que rija en la entidad u organismo receptor**, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, **norma declarada exequible por la Corte Constitucional recientemente, sentencia C-098 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, aduciendo:**

> "En efecto, el legislador no está obligado a trasladar los beneficios contemplados en un régimen que ha perdido vigencia, en virtud de la supresión de la entidad a la que se aplicaba, a aquellos trabajadores que con el fin de garantizar su derecho a la estabilidad laboral fueron reubicados en otro organismo. Lo anterior por cuanto, se reitera, (i) la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es absoluta y no se antepone a la reestructuración de la administración, y (ii) la supresión de una entidad no solo implica que el organismo desaparezca de la estructura de la administración pública, **sino también la cesación o el traslado de sus funciones, de su personal y de su régimen especial de carrera, en caso de existir**"

Entonces, el Decreto 4057 de 2011 en su artículo 7, estipula cual es el régimen legal y reglamentario para los funcionarios incorporados:

"ARTÍCULO 7°. *Régimen de personal.* **El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor**, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

Para **todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias** que se establezcan para los fines de la incorporación, **la asignación básica** de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales. *(Nota Fuera de texto: Decreto Nacional 4971 de 2011 del 30 de diciembre de 2011, establece q el inciso tercero, artículo 7° del decreto 4057 de 2011 no aplica en el proceso de incorporación de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad- DAS a la Fiscalía General de la Nación)*

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.

La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.

Parágrafo 1°. Para la actualización en el registro de carrera de los servidores que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación, el DAS enviará la certificación que emita la Comisión Nacional del Servicio Civil que acredite la condición de empleados con derechos de carrera.

Parágrafo 2°. A los empleados que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación o en las demás entidades receptoras, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión deberá reconocer y pagar los beneficios salariales y prestacionales causados o su proporcionalidad a la fecha de incorporación. (subrayado fuera de texto)

Los servidores públicos que se encuentren en periodo de prueba a la fecha de publicación del presente decreto permanecerán en la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); una vez se produzca la evaluación satisfactoria de dicho período serán incorporados a los empleos que se hayan creado para el efecto en las entidades receptoras.

Hasta tanto se produzca dicha calificación serán comisionados a prestar sus servicios en las entidades receptoras.

Para los efectos del acto legislativo 04 del 7 de julio de 2011, entiéndase que la fecha de ingreso de los empleados provisionales que sean incorporados en las entidades receptoras de funciones, será la de su vinculación en esta condición en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)."

Es importante aclarar, que el Decreto 1932 de 1989 del DAS, no es aplicable a la UNP en estricto sentido, toda vez que la Unidad tiene su propio régimen salarial y prestacional reglamentado, como se expuso. Sin embargo, es necesario aclarar, que el régimen el DAS en lo referente a la Jornada de servicio del funcionario en mención, va en armonía del régimen propio de la UNP estipulado en la Resolución de la UNP - 0134 de 2012, 0092 de 2014, 0351 de 2014 y 0362 de 2016, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 3 de decreto 4067 de 2011, que establece que el ex funcionario del DAS incorporado a la UNP, conservara los beneficios salariales y prestacionales que venían percibiendo. Toda la normatividad en mención, del DAS y de la UNP, está perfectamente acorde y amparada tanto por el régimen especial y por el régimen general del servidor público de orden nacional, es decir, con el Decreto 1932 y 1933 de 1989 y el Decreto1042 y 1045 de 1978.

3 ELIMINACION DE REGIMENES ESPECIALES Y EXCEPTUADOS.

Basados en lo prescrito en el acto legislativo 01 del 22 de julio de 2005 el cual quedo publicado en la gaceta del congreso el 25 de julio de 2005, y que adiciono incisos al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, en su artículo 1, estipuló:

"Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:"

(.....) "Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones.

(.....) No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido". "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".
(.....) **A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".**

Es decir que, de acuerdo a dicha reforma constitucional, el Congreso mediante el anterior acto legislativo elimino el régimen especial consagrado para la planta de personal del DAS lo que significa que para el 1 de enero de 2012, cuando pasa la demandante a la planta de personal de la Unidad no contaba con el Régimen especial que alega y que pretende le sea reconocido.

4 VÍNCULO LEGAL Y REGLAMENTARIO CON EL ESTADO.

Primero definiré que es un servidor público, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política, se entiende que:

"son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la Comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su servicio."

Estos se clasifican en tres categorías:

1. Los funcionarios de elección popular que determine la Constitución Política;
2. Los **empleados públicos**, que son funcionarios nombrados por las autoridades competentes, que cuentan con una vinculación estatutaria o reglamentaria definida de manera unilateral por el Estado, y que cumplen una determinada función pública.
3. Los de servidores públicos es la compuesta por los trabajadores oficiales. Se trata de personas contratadas por el Estado y vinculadas laboralmente a él.

En todas las anteriores categorías, el servidor público se **vinculan a administración pública de tres formas**, con el fin de prestar servicios personales: la modalidad estatutaria, la modalidad contractual laboral y la de los auxiliares de la administración.

1. **La Modalidad Estatutaria**: Esta modalidad de vinculación a la Administración Pública, denominada también legal o reglamentaria, da el carácter de empleado público a quien accede al servicio público mediante esta figura, y el acto que la traduce es el nombramiento y la posesión.

Se deduce con facilidad que es esta la modalidad mediante la cual acceden a la Administración Pública los Empleados Públicos, bien sean de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción.

La característica principal de esta forma de vinculación es la de que el régimen del servicio o de la relación de trabajo, si se prefiere el término, está previamente determinado en la ley y, por lo tanto, no hay posibilidad de que el funcionario entre a discutir las condiciones de empleo, ni fijar alcances laborales distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que la regulan.

2. **La Modalidad Contractual Laboral**: Esta modalidad se predica para quienes se vinculan a la Administración Pública como trabajadores oficiales. Se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones que se aplican.

3. **Los Auxiliares de la Administración**: Los auxiliares de la administración prestan sus servicios en forma ocasional o temporal, y no están incorporados a las plantas de personal. Las formas usuales de auxiliares de la administración son los supernumerarios y los contratistas independientes.

Aunque el Decreto Ley 3135 de 1968 no se ocupa de la figura del supernumerario, las leyes anuales de presupuesto la venían reconociendo, cuando en las definiciones sobre determinación y clasificación de los gastos de servicios personales las enunciaba. Posteriormente, es el Decreto 1042 de 1978 el que entra a regular algunos aspectos relacionados con esta figura, entre los cuales encontramos: la oportunidad de la vinculación (para suplir vacancias temporales); el término de la vinculación (no puede exceder de tres meses, salvo cuando el gobierno disponga un término superior); remuneración y prestaciones sociales (La remuneración se debe fijar de conformidad con las escalas salariales establecidas en el Decreto 1042 de 1978. En cuanto a las prestaciones sociales, la norma citada dispone que si la vinculación es hasta de tres meses, no habrá lugar a su reconocimiento y pago)

En el caso concreto, los **oficiales de protección vinculados a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION U.N.P**, en relación con el estado, **son servidores del orden nacional y empleados de carrera administrativa**, como lo menciona el Decreto 3135 de 1968 artículo 5° , el cual dispone lo siguiente: *"Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamento administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales." (...)*

Es principio constitucional que todos los empleos son de carrera, con las excepciones que trae el mismo artículo 123 concordado con el 125 de la Carta Política, ya transcrito, y los que contemplen la ley. **Los empleos que pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de agente de protección y oficiales de protección, que consisten en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, son empleos de Carrera de Administrativa**

Dichos empleos de carrera administrativa tienen **tres formas de vinculación** mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos de acuerdo con el Artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, el nombramiento provisional o el traslado.

Los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional. El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el citado decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

Adicionalmente, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad.

En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada; y el traslado opera cuando el funcionario de carrera es trasladado a un empleo diferente al que es titular pero conserva los derechos derivados de ella.

De conformidad a la Resolución 092 del 05 de Febrero 2014 en su artículo 1. (Definiciones) ordinal c) es un servidor público con funciones misionales u operativas tienen las siguientes funciones que implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, en el marco del objeto y misión de la Unidad Nacional de Protección.

"1. Realizar las actividades tendientes a lograr la protección de las personas a las cuales la UNP les presta servicio de seguridad, utilizando los medios logísticos adecuados dentro del marco jurídico que señala la ley y los reglamentos.
2. Implementar las medidas de protección que garanticen la vida, libertad, integridad y seguridad de las personas que por su nivel de riesgo puedan hacer parte del Programa de Protección liderado por la Unidad Nacional de Protección, de acuerdo a los parámetros legales.
3. Conducir los vehículos de la Institución cuando las necesidades del servicio lo requieran previo cumplimiento de los requisitos legales.
4. Participar activamente en los planes de seguridad a instalaciones.
5. Mantener en buen estado el vehículo, equipo, armas y demás elementos de dotación.
6. Desarrollar funciones de asistencia en actividades relacionadas con la valoración preliminar del riesgo, y las revaluaciones pertinentes, con el fin de identificar de forma oportuna los niveles de riesgo de las personas, grupos y/o comunidades de acuerdo a las poblaciones objeto de los programas de protección a cargo de la Unidad.
7. Apoyar y participar en el desarrollo de actividades relacionadas con los estudios de seguridad a instalaciones y/o inspecciones técnicas de seguridad con el fin de identificar vulnerabilidades.

Para el efecto, se cabe indicar el siguiente antecedente jurisprudencial:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE, Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil seis (2006), Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00095-00(1777), Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PÚBLICA.

"1.- El nombramiento de empleados públicos es un acto condición y por ende su régimen salarial y prestacional es fijado por el ordenamiento jurídico.

El acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y, en tal virtud, el ingreso al servicio implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido en la ley y los decretos reglamentarios. Por ende, el servidor tiene una sujeción al status legal o reglamentario general o especial que corresponda y se coloca indefectiblemente en la situación jurídica allí prevista.
Por ello, en armonía con lo dispuesto por el artículo 150.19.e) de la Constitución Política, la ley 4ª de 1992, que establece las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de otros servidores, prevé que : (i) el régimen salarial y prestacional está dado en

atención al empleo, a su nivel, su estructura, a la naturaleza de las funciones, de las responsabilidades y calidades exigidas para su desempeño – art. 2° -; (ii) para cada cargo o categoría de cargos se fija una escala y tipo de remuneración – art. 3° -; (iii) para fijar el régimen salarial y prestacional el Gobierno Nacional debe tener en cuenta, entre otros objetivos y criterios, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado; la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad – art. 2° ibídem-.

En síntesis, la regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor. Por ello el artículo 7° del decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de "percibir puntualmente la ***remuneración que para el respectivo empleo fije la ley***"[1] *De esta manera y como lo consagra el artículo 19 de la ley 909 de 2004, es claro que los elementos de la noción de empleo público constituyen el núcleo básico de la estructura de la función pública.*

Siguiendo a Gaston Jèze, puede afirmarse, entonces, que el acto de nombramiento de un empleado público "es un acto condición de aplicación a un individuo de un status legal o reglamentario, de una situación jurídica general e impersonal, es una manifestación de voluntad que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal, o de regularizar el ejercicio de un poder legal (...)"[2]

Así, resulta evidente que el nombramiento y posesión de una persona en un cargo público la coloca en el status de empleado público, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional vigente al momento del ingreso, que además de ser el preestablecido por el legislador y por el gobierno nacional según sus competencias, es de carácter general e impersonal. (...).

3.- Efectos salariales y prestacional con ocasión del cambio de empleo.

La movilidad en el servicio tiene diferentes variables dependiendo de que el servidor público se encuentre escalafonado, en provisionalidad o desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción.

Este movimiento puede ser voluntario, como acontece en los casos de renuncia para aceptar otro cargo una vez se ha superado un concurso en la misma u otra entidad o por ascenso; por razones del servicio, en caso de reincorporación por supresión de empleos originada en la reestructuración de entidades, o por comisión de un empleado de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción; o por factores externos, como acontece con la reubicación por desplazamiento.

Para el análisis del presente asunto la Sala tendrá en cuenta, además, si existe solución de continuidad en la prestación del servicio, si hay terminación del vínculo laboral, si se cambia o no de entidad y si hay lugar

---

[1] **Desde el decreto 1732 de 1960 – art. 12 – (hoy en día derogado) se dispuso que la clasificación de los empleos – de acuerdo a las funciones, responsabilidades y requisitos para su desempeño - sería el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar la remuneración correspondiente, bajo el postulado de que todo empleo será remunerado con base en el sistema que garantice "el principio de igual salario para igual trabajo en condiciones similares", principio que es reiterado por el artículo 8° del decreto 1950 de 1973. Ver además art. 75 dec. 1042/78**

[2] JÈZE Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, páginas 48 y siguientes. Sobre la clasificación del acto de nombramiento como acto condición ver además SERRA ROJAS Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., México 1985, pág. 236. STASSINOPOULOS Michel, El acto administrativo. Traducción jurídica del doctor Francisco Sierra Jaramillo, 1981, págs. 42 y 62. BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, Editorial La Ley, tomo II, sexta edición, 1980, págs. 163 y 164. RIVERO Jean, Derecho Administrativo. Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, traducción de la 9° edición, pág. 97.

al reconocimiento de derechos adquiridos, advirtiendo que las situaciones son variadas y que por tanto el criterio expuesto es necesariamente general.

Debe destacarse que algunos de los interrogantes encuentran solución clara en la ley y en otros se detectan lagunas normativas o preceptos de textura abierta que merecerán estudio especial bajo el supuesto de que por regla general el régimen salarial y prestacional por cambio de empleo es el del cargo que entra a desempeñarse; sin embargo, no siempre se varía el régimen prestacional, puesto que en algunas oportunidades, por especial protección del ordenamiento jurídico, debe supeditarse tal situación al cambio de entidad, o al retiro definitivo del servicio, o a la causa que origina el movimiento de personal. (...)

4.9.- Al ser el empleado público de carrera reincorporado en otro empleo del nivel nacional o territorial, por razón de la supresión de su cargo o por razones de desplazamiento, qué régimen salarial y prestacional se les debe aplicar? ¿el que rige en la entidad donde se encontraba vinculado o el de la nueva entidad donde es reintegrado?"

4.9.1.- Reincorporación por supresión de cargos. *Como ha quedado expuesto nuestro ordenamiento jurídico protege los derechos adquiridos de los servidores públicos y prohíbe desmejorar sus condiciones salariales y prestacionales. Ahora, por vía general, si un servidor público se retira de una entidad con un régimen salarial y prestacional determinado y, posteriormente, se revincula al sector público, pero a otro organismo con un régimen distinto, el principio ordinario es que queda sometido a éste último[3]. Sin embargo, no se puede desatender la causa o motivo de la desvinculación inicial, pues si es atribuible al Estado, por razones del servicio o de modernización de la entidad, como es el caso de la supresión de empleo, como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, por mandato legal el empleado de carrera administrativa tiene derecho preferencial "(...) a ser incorporado en* ***empleo igual o equivalente*** *de la nueva planta de personal" y si ello no es posible puede optar por "* ***ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes*** *o a recibir indemnización". – art. 44 de la ley 909 de 2004[4] –*

Esa equivalencia tiene que ser medida en todos los aspectos, funcionales, salariales, prestacionales, de requisitos, etc.[5]. De manera que en este evento la administración está obligada a reincorporar al empleado a un cargo con las mismas características del que tenía, caso en el cual mantendrá el régimen de cesantías retroactivas y, si no lo puede hacer, lo debe compensar en los términos fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C- 880 de 2003[6]. Sin embargo ello no significa darle al empleo al cual es reincorporado el servidor un régimen salarial y prestacional distinto al señalado por la ley. (...)."

---

[3] Los arts.7° de la ley 27/92 y 41 de la ley 909 contemplaron como causal de retiro del servicio de los empleados de carrera la supresión del empleo en tanto que el artículo 37 de la ley 443/98 no lo hizo.

[4] "Artículo 45. (...) Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.

[5] "Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa (...) e) Conformar (...)el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados " – art. 11 ley 909/04 -

[6] Ver concepto 1539 de 2004, acápite 4.2.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012), **Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00141-00(2120-09) y 11001-03-25-000-2009-00146-00(2125-09), Actor: LUIS FERNANDO ZAMBRANO VALLEJO Y OTROS, Demandado: GOBIERNO NACIONAL.**

"Provisionalidad y carrera administrativa. *El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano.*

Efectivamente, el poder discrecional de la administración se ve limitado, cuando media un concurso de méritos para proveer un cargo de la administración, pues la provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales.(...)".

5 DESCANSO COMPENSATORIO EN LA UNP

El Gobierno ya sea del orden nacional, departamental o municipal goza de facultad discrecional para fijar la jornada de trabajo, con fundamento en los artículos 150 y en la Ley 4ª de 1992, en cuanto a la petición de horas extras, recargo nocturno, trabajo dominical y festivo, es necesario determinar su acreditación para poder aplicar la normatividad vigente y específica, la cual está regulada por los Decretos 4057, 4065, y el 4067 del 2011, Decreto 1932 de 1989, la Resolución 0134 del 13 de abril de 2012, la Resolución 092 del 05 de febrero de 2014, la Resolución 351 del 26 de junio de 2014 y la Resolución 0351 e 2016, expedidas por LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION en cuanto a la Jornada máxima laboral en las cuales regula de manera clara y precisa dicho asunto y deja la claridad respecto a las horas extras, el trabajo dominical y festivo no dará lugar a reconocimiento solamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, puesto que por sus especiales funciones tienen una jornada extraordinaria, de la cual el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades de las cuales transcribiré algunos apartes de ellas.

Finalmente resaltar que el proceso no obra certificación detallada en donde conste que el actor hubiere laborado en algunas ocasiones por fuera de las horas reglamentarias (horas extras diurnas, nocturnas, dominicales, ni festivos) en el periodo que demanda, cuando define que los elementos probatorios son insuficientes para establecer indubitablemente los días festivos y las horas efectivamente laboradas, qué compensatorios fueron concedidos, las comisiones por servicios no arrojan esta información, no indican con claridad el trabajo suplementario en días de descanso obligatorio, la carga probatoria que corresponde a la demandante, como tampoco obra que este haya solicitado a la entidad demandada la compensación por los servicios prestados que excedieron la jornada máxima legal, para el tipo de funciones propias de su cargo como agente escolta y adscrito a un esquema de protección.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012), **Radicación número: 05001-23-31-000-1999-01879-01(1690-10)**

(...).
CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a establecer si le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago de las horas extras, recargos nocturnos, reajustes a las cesantías y demás prestaciones sociales dejadas de cancelar por parte del Municipio de Copacabana desde el año de 1992.

En el sub examine se demanda la nulidad del acto presunto que se configuró por el silencio que guardó el Municipio de Copacabana frente a la petición elevada por John Jairo Hernández el 8 de mayo de la misma anualidad, en virtud de la cual solicitó el reconocimiento y pago de las horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos laborados desde el año de 1992 y el correspondiente reajuste de las prestaciones sociales.

El actor disiente de la providencia del Tribunal, pues por una parte, considera que no pueden menoscabarse derechos laborales amparados por la Constitución y la ley y con ello pretender cancelar el trabajo suplementario por debajo de los topes mínimos legales permitidos, y de otra, porque en su parecer, a pesar de que no existe prueba concreta respecto de la cancelación de los dominicales y festivos, en caso de duda, ésta debe resolverse a favor del trabajador.

Según el recurrente, si a juicio del Gobierno Municipal los Guardas del Municipio de Copacabana debían prestar sus servicios sin sujeción a una jornada máxima, tal situación debía estar reglada mediante un acto administrativo o resolución gubernamental que autorizara la aplicación de una jornada superior a la legal.

Al respecto, el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política dispone que corresponde a los Concejos Municipales determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

El artículo 288 del decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, establece que corresponde a los Concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos. Estas mismas funciones serán cumplidas por los Concejos respecto de los empleados de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías.

En relación con las entidades municipales descentralizadas, como lo es el Instituto de Tránsito y Transporte Municipal, el Titulo 9° del artículo 156 del Decreto 1333 de 1986, dispone que deben someterse a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus Representantes Legales.

Dentro de las facultades asignadas a las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas municipales, además de aprobar los presupuestos de tales entidades, está la de fijar las escalas salariales y demás derechos y prebendas laborales a excepción de todas aquellas que sean facultades del Congreso de la República.

Entonces, la competencia para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, en el marco de la Constitución de 1991, requiere una interpretación sistemática y coherente de sus mandatos, a efectos de hacer compatible la autonomía que se reconoce a los entes territoriales, en especial la que hace referencia a la facultad de gobernarse por autoridades propias (artículo 287, numeral 1) con el esquema del Estado Colombiano definido como una república unitaria, para lograr que las atribuciones de los distintos órganos a nivel central y territorial no resulte anulada.

Así las cosas, es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la Republica, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los Gobernadores y Alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes; emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.

En este orden de ideas, es necesario precisar que el Congreso de la República está facultado para expedir la Ley Marco a la cual debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. El Gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes –nacional, seccional o local-, bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado, función que en todo caso es indelegable en las Corporaciones Públicas Territoriales, las cuales no podrán arrogárselas; el régimen salarial de los empleados públicos de las entidades descentralizadas se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el Gobierno Nacional, y las Juntas Directivas y Directores y Gerentes de tales entes; y el límite salarial de todos los servidores públicos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados por servicios, es establecido por el Gobierno guardando equivalencias con cargos similares del orden nacional, de manera que aquellas no pueden desbordar ese marco.

Precisado lo anterior, la Sala se pronunciará sobre los argumentos expuestos por el apelante relativos a que "no existe acto administrativo emitido por la autoridad competente que avale la ejecución de sus servicios por fuera de la jornada laboral establecida en la Ley".

Al respecto el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política dispone que corresponde a los Concejos Municipales determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, crear, a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

El artículo 3° de la Ley 4ª de 1992, establece que el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos. Y el artículo 2° literal j) dispone que para la fijación del régimen salarial -y prestacional también- se tendrá en cuenta el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, establece que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna

o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

El artículo 13 de la norma en mención señala que la asignación básica correspondiente a cada empleo, está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimiento y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

El artículo 42 ibídem indica que son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador, la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

Por escala de remuneración, o tabla salarial, se ha entendido que consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.

Así las cosas, de las precisiones anteriormente realizadas y ante los límites que propone la existencia de la competencia concurrente, es evidente que en el sub examine no existe acto administrativo que autorice el desempeño de las funciones del peticionario en horas extras diurnas, nocturnas y días festivos, pues como es bien sabido, factores como éste sólo podían ser fijados por el Congreso de la República, o por el Presidente, en ejercicio de las Facultades Extraordinarias, quien debe actuar con sujeción a la Ley Marco que para el efecto expida el Congreso.

Ahora bien, establecido lo anterior y previo a analizar si efectivamente existe prueba sobre el trabajo realizado en exceso a la jornada ordinaria, es necesario señalar que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las Entidades Territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987.

La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, que establece:

"Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3º de la presente Ley.".

Dentro de los empleados a que hace referencia el artículo 3° de la Ley 443 de 1998, están los que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del nivel departamental, distrital, municipal y sus Entes Descentralizados, conclusión según la cual, el Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden territorial en materia de jornada de trabajo y del trabajo en días de descanso obligatorio.

En razón de lo anterior, es necesario establecer que la jornada laboral ordinaria de los Guardas de Tránsito, por ser una actividad de vigilancia, puede ser de doce (12) horas diarias, sin exceder de sesenta y seis (66) horas semanales, toda vez que éstos no están sujetos al límite de la jornada laboral ordinaria y que bien podía la administración municipal establecer una jornada laboral excepcional.

Establecido lo anterior, se revisará el marco legal correspondiente a la jornada laboral, horas extras, dominicales y festivos, a efectos de determinar si la parte actora tiene derecho al reconocimiento de estas prestaciones.

El artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 estableció la jornada ordinaria para los empleados públicos, resaltando que debido a la especialidad del caso la norma a aplicar es la establecida en el artículo 12 del Decreto 1932 de 1989, sin embargo se relaciona en los siguientes términos con el objeto de resaltar que el ordenamiento jurídico si establece jornadas de trabajo especiales de 12 horas diarias en los siguientes casos:

"ARTICULO 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales.

A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras[7]."

Así las cosas, la anterior norma es aplicable a los empleos indicados en el Decreto 1042 de 1978, sometidos a jornada ordinaria, ya sea del orden nacional o territorial.

De esta norma se deduce que la jornada ordinaria de trabajo semanal para empleados del estado corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, pero hace la observación de que a aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de sesenta y seis (66) horas.

Dentro de esos límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. Hace la advertencia de que el trabajo realizado el día sábado, no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

(...)

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), **Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00780-01(3594-13).**

---

[7] Modificado en lo pertinente por los artículos 1° al 3° del Decreto 85 de 1986.

134

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, **la jornada ordinaria** laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una **jornada especial** de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

"ARTICULO 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.
Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.
El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras[8] "

Como se desprende de la norma, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 horas semanales, pero se contempla una excepción para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Dentro de esos límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; hace la advertencia que el trabajo realizado el día sábado, no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

IV. EXCEPCIONES:

1. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS LEGALES Y POR INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES.

En las pretensiones formuladas, no indicó la norma que reglamenta el vínculo legal del demandante, que por apreciación del apoderado de la parte actora vulnera el ordenamiento constitucional, frente a las cuales motivó la inaplicabilidad y la declaratoria de nulidad del acto administrativo.

Por otra parte, los hechos y pretensiones que relaciona, no son claros ni precisos, ejemplo de ello es que relaciona todas las pretensiones como principales, sin hacer diferenciación de cuales son principales y cuáles son las subsidiarias, por tal motivo se observa que las pretensiones expuestas se excluyen entre sí, por ejemplo, está solicitando el reconocimiento de horas extras diurnas, nocturnas, en días dominicales y festivos, recargos nocturnos y además está pidiendo el pago correspondiente a días de descanso compensatorios, situación que denota una indebida acumulación de pretensiones ya que o se pide el reconocimiento de horas extras en días dominicales o festivos y recargos o se pide el reconocimiento de descanso compensatorio, pero no las dos al mismo tiempo y de forma principal.

[8] Modificado en lo pertinente por los artículos 1 al 13 del Decreto 85 de 1986.

2. CADUCIDAD DE LA ACCION

De acuerdo con lo establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, establece que dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación se debe demandar el acto administrativo, así las cosas, se puede evidenciar hasta el momento que mediante el OFI15-00001151, se le comunico el OFI15-00000981 con fecha 23 de enero de 2015, acto administrativo demandado, así las cosas, tenía hasta el 23 de mayo de 2015 para acudir a la jurisdicción mediante el presente medio de control, pero aparece acreditado que presento solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría el 21 de mayo de 2015, la cual suspendió termino hasta el 19 de agosto de 2015 fecha en la cual se expidió la respectiva certificación, así las cosas, contaba hasta el 24 de agosto de 2015 para presentar la demanda ante la Jurisdicción Contenciosa, pero de acuerdo a la Rama Judicial la demanda fue radicada hasta el día 12 de enero de 2016, lo que significa como probado que opero el fenómeno de la caducidad frente al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2. INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACION

A los funcionarios de la planta de personal, que prestan sus funciones en la parte operativa se les aplicara la normatividad vigente y especifica de la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION, la cual está regulada por los Decretos 4057, 4065, el 4067 del 2011 y los Decretos 1932 1933 de 1989 que fueron reglamentados por las resoluciones - 0134 de 2012, 0092 de 2014, 0351 de 2014 y 0362 de 2016, por LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION, en cuanto a la Jornada máxima laboral ordinaria, en las cuales, regula de manera clara y precisa dicho asunto y deja la claridad respecto a las horas extras, el trabajo dominical y festivo que no dará lugar a reconocimiento, sino solamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, puesto que por sus especiales funciones tienen una jornada ordinaria especial.

Mal haría la UNP en el supuesto de reconocer lo pretendido, pues de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política de 1991 en el artículo 6, el extralimitarnos en funciones es objeto de investigación y de sanción conforme a lo preceptuado en el código disciplinario.

Realmente, el marco normativo aplicable al régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Unidad Administrativo especial del orden nacional –UNP, está conforme con la Constitución Política, y establece que los empleados de la UNP con funciones que implican actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, quienes tienen disponibilidad permanente y se les puede señalar una Jornada de 12 horas diarias sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. Sin embargo, por especiales razones del servicio, se dispone una jornada hasta de 18 horas diarias, sin que en la semana exceda 72 horas, es decir, son 6 hora adicionales al mes, cuando sea expresamente autorizado. *(artículo 12 del Decreto 1932 de 1989)*

Excepción que se probara de acuerdo a que el señor DAGOBERTO ROJAS no acredita con las respectivas actas ni acredita quien la autorizo para trabajar horas extras adicionales a su jornada ordinaria laboral, de igual manera no acredita cuantos días compensatorios a causado y que no se le han otorgado para su descanso, aun menos cumple con la carga de la prueba en especificar cuantas horas extras laboro, en que tiempo y porque funcionario fue autorizado, lo que significa que la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación esta llamada prosperar.

Frente al cambio de régimen que alega, que siendo funcionaria del extinto DAS y ser incorporado a la Unidad Nacional de Protección, paso de un régimen especial al régimen ordinario de carrera administrativa,

queda probado de pleno derecho que la Entidad simplemente acato lo dispuesto por el Gobierno Nacional, quien como legislador excepcional expidió los respectivos decretos en donde se ordenó suprimir el DAS y la incorporaran de algunos funcionarios sin solución de continuidad a las diferentes Entidades receptoras entre estas a la Unidad Nacional de Protección.

Adicional a esta situación con la expedición del acto legislativo 01 de 2015, elimino los regímenes especiales., solo conservando el régimen especial al presidente y a las fuerzas militares y de policía.

Por otra parte frente al reconocimiento de una cotización especial para tener derecho a la pensión de vejez por actividad de alto riesgo que contemplaba la ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, es de resaltar que este derecho solo se contemplaba para algunos funcionarios del DAS, pero que al ser este organismo suprimido del ordenamiento, no contemplo en ninguna norma que se siguiera otorgando esta cotización especial para los servidores que pasaron a las diferentes Entidades, lo único cierto jurídicamente es lo establecido en el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011 "***Régimen de personal.*** *El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales".*

Bajo dicha norma, se puede establecer que el régimen aplicable para el servidor DAGOBERTO ROJAS, es el régimen general que rige a la Unidad Nacional de Protección y en dicho régimen no está contemplado que deba realizar cotizaciones especiales, más aun cuando el decreto que define las actividades de alto riesgo en Colombia, no contempla la función de escoltas de la Unidad nacional de Protección como actividad de alto riesgo, motivo para establecer que no le asiste razón al actor para reclamar este derecho.

Finalmente, Inexistencia del derecho y de la obligación al pretender también un código y grado superior al establecido en el decreto 4067 de 2011, desconociendo que bajo las facultades que la Constitución Política de Colombia le faculta al presidente de la Republica a expedir decretos de esta naturaleza, fue así que dentro del proceso de supresión del DAS y con el fin de dar garantías a los funcionarios, fue que determino que pasaran a la UNP, conservando solo los derechos salariales y prestacionales y haciendo unas equivalencias entre la nomenclatura y clasificación de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y la nomenclatura y clasificación de empleos públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, aplicable a la Unidad Nacional de Protección, UNP, que para el caso se encuentra probado que el último cargo y código en el extinto DAS, fue el de Agente Escolta código 205 grado 05 y basado al proceso de incorporación se ajustó al de AGENTE DE PROTECCION código 4071 grado 16., donde de igual manera se demuestra que no hubo vulneración a sus derechos laborales, ya que este 'proceso conllevo a continuar percibiendo el mismo salario con el reconocimiento de una bonificación por compensación y la prima de riesgo, que en el DAS no era factor salarial, en la UNP se estableció por el articulo 3 del Decreto 4067 de 2011 quedo incorporada a la asignación básica, lo que significa que ahora es factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales, Lo que prueba, que la excepción pedida esta llamada a prosperar.

3. COBRO DE LO NO DEBIDO / Pago / falta de causa para pedir.

El actor pretende que la UNP le pague en dinero la jornada de servicio extraordinaria o adicional, por la función misional efectivamente causada, a sabiendas que como agente de Protección adscrito a la Subdireccion de Protección; ejecuta funciones de forma intermitente, por turnos de seguridad y protección y asignada a un esquema de protección y que su jornada de trabajo ordinaria como funcionario adscrito al área operativa, es de 12 horas diarias sin exceder las 66 horas a la semana, pero en el especifico caso que por razones del servicio se requiera exceder de dicha jornada, por cada 8 horas adicionales que demuestre o que acredite debe solicitar un día compensatorio, es decir, solo en el caso de exceder su jornada lo que debió hacer el funcionario demandante es haber solicitado días compensatorios, pero de acuerdo al

expediente administrativo, no logra demostrar que se le adeude descanso compensatorios, de igual manera no existe prueba que establezca que sobrepaso su jornada ordinaria laboral por tal motivo es notorio que no cuenta con dicho derecho y sin embargo pretense el reconocimiento y pago de horas extras y de descansos compensatorios, configurándose así probatoriamente la excepción de cobro de lo no debido.

4. PRESCRIPCION EXTINTIVA DEL DERECHO

Solo en caso de ser condenada la entidad demanda, se deberá tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.".

A su vez, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, preceptúa:

"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de l968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

Está demostrado que presento la reclamación administrativa el día 26 de diciembre de 2014, lo que conlleva a establecer que opera contados a partir de los años anteriores a los últimos tres años, lo que significa que sus derechos están prescritos en caso de reconocimiento desde su ingreso al Departamento administrativo de Seguridad DAS, hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha extrema de terminación del vínculo por supresión del DAS.

5. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA E INJUSTIFICADO DEL ACTOR

Al pretender la parte actora el reconocimiento de derechos como es el caso el pago de horas extras sin estar acreditadas y a sabiendas que de acuerdo a lo regulado por la Ley, no autoriza ni expresamente lo contempla, para el servidor público de la UNP, se encuentra acreditado con los antecedentes administrativos que el demandante ostenta el nivel asistencial como Agente de protección código 4071 grado 16, adscrito a la Subdirección de Protección al Grupo de Esquemas Proyectivas, es decir, ejecuta una función operativa por turnos, intermitente y por tal motivo no tendría derecho a generar el pago de horas extras, dominicales ni festivas y por otro lado de acuerdo a su jornada ordinaria laboral a derecho es de 12 horas diarias con un máximo a la semana de 66 horas, tampoco existe planilla que contemple que excedió de dicho horario y finalmente en caso que hubiere generado horas adicionales a dicha jornada lo procedente seria reconocerle descansos compensatorios, correspondiente a un compensatorio por cada 8 horas adicionales, así las cosas la presente excepción queda probada.

6. LEGALIDAD DEL ACTO ADMNISTRATIVO ACUSADO.

La UNP, como entidad pública debe someterse a la ley, en consecuencia al emitir el acto administrativo que dio respuesta al derecho de petición de la parte actora, no desconocido la normativa vigente y cumplió con el mandato Legal al negarle derechos que pretende sin justificación legal ni reglamentaria, en primer

lugar por cuanto no podía reconocerle el pago de trabajo suplementario, ascenderlo a un grado superior al establecido como equivalente de acuerdo con el Decreto 4067 de 2011 y finalmente reconocerle derechos como realizar cotización especiales al régimen pensional, por cuanto, no existe marco normativo que así obligue a la UNP a reconocerle, los derecho pretendidos, en definitiva queda probado que el acto administrativo fue expedido respetando el ordenamiento jurídico y conforme a la normatividad vigente que la rige situación que prueba esta excepción de pleno derecho.

7. IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

En el actuar de la UNP se debe presumir la buena fe, a menos que se demuestre lo contrario (art 171 CCA). De conformidad a la Sentencia del Consejo de Estado, sección Tercera, del 30 de marzo de 2011, expediente 13001233100198907513 (18347): "(...)en otros términos, en medida en que la demanda o su oposición sea temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o practica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio se considera que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial". Lo cual también se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

8. GENERICA o INOMINADA:

Las demás excepciones, que no hubiesen sido presentadas, pero de acuerdo con la ley, encuentre probadas dentro de la presente demanda (Art 164 C.C.A; Art. 187 CPACA; Art 306 C.PC; Art 282 CGP).

V. *PRUEBAS*

Con el objeto de que sean valoradas y se practiquen en el momento procesal correspondiente y oportuno, me permito adjuntar al proceso las siguientes pruebas:

1. Documentales:

- *Los antecedentes administrativos –Historia laboral, los cuales constan en CD de conformidad a la información entregada por Talento Humano de la UNP.*
- Resolución 0362 de 1 de junio de 2016. ((CD medio magnético.)
- Resolución 0351 del 26 de junio de 2014. (CD medio magnético)
- Resolución 0092 del 5 de febrero de 2014. (CD medio magnético.)
- Resolución 0134 de 13 de abril de 2012. (CD medio magnético.)
- Resolución 137 de abril 1 del 2013. (CD medio magnético)
- Resolución 0554 del 17 de octubre de 2014, manual especifico de funciones y competencias laborales de la UNP (CD medio magnético.)
- Resolución 0004 del 9 de noviembre de 2011, manual especifico de funciones y competencias laborales de los empleados de la planta de personal de la UNP. (CD medio magnético)
- Resolución 0357 del 24 de septiembre de 2012, manual especifico de funciones y competencias laborales de los empleados de la planta de personal de la UNP. (CD medio magnético)
- Resolución 0087 de 27 de febrero 2013. (CD medio magnético)
- Resolución 0416 del 20 de septiembre de 2013, ajusta parcialmente Resolución 0357 del 24 de septiembre de 2012 y dicta otras disposiciones. (CD medio magnético)
- Concepto emitido por el Departamento de la Función Pública. (4 folios) emitidos por DAFP sobre la materia en controversia.
- Guía de correo por parte de la empresa DEPRISA.

- Constancia de entrega de la respuesta OFI15-00000981.

VI. ANEXOS:

- ✓ *Un CD con los antecedentes administrativos.*
- ✓ *Un CD con el régimen legal y reglamentario de la UNP -NORMATIVIDAD UNP.*
- ✓ *Demás pruebas documentales en mención impresas*
- ✓ *Poder debidamente conferido con sus anexos.*

VII. *NOTIFICACIONES:*

- *Apoderado: En la secretaria de su despacho. En forma expresa, manifiesto: que autorizo a recibir notificación por correo electrónico (art.205 C.P.A.C.A y recibir el mensaje de datos (artículo 201 inciso 3 del ídem) al correo jayson.vargas@unp.gov.co*

- *Poderdante: Unidad Nacional de Protección (UNP), recibe las notificaciones en la* Carrera. 63 #14 95, Puente Aranda - Bogotá.,. *Igualmente se ha habilitado correo electrónico para efectos de notificaciones judiciales:* noti.judiciales@unp.gov.co, *el cual se encuentra referenciado en la página web de la UNP, lo anterior para agilizar él envió de notificación, sin embargo siguen recibiendo notificaciones por escrito en la dirección de correspondencia en mención, dirigido a la Oficina Asesora Jurídica de la UNP.*

Atentamente,

JEYSON EDUARDO VARGAS SUAREZ
C.C 4.119.957 expedida en Tiravitoba (Boyacá)
T.P No. 205.168 C.S.de la J/ra

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2018 - 1770

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

137

Colpensiones

BOGOTÁ, D.C. abril 2020.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B".
E. S. D.

Ref.: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de **CLARA EMPERATRIZ VILLATE DE MEJIA** contra **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-.**
Rad. 25000234200020180177000.
Asunto: Contestación demanda.

ANDRES FELIPE TOLOZA ACEVEDO mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 1.030.608.510 expedida en Bogotá, Abogado Titulado y en ejercicio, titular de la Tarjeta Profesional No. 267.658 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Apoderado Sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** de conformidad con el poder a mi conferido, cordialmente solicito al Despacho reconocerme personería para actuar y estando dentro del término de la oportunidad procesal, de manera respetuosa me permito dar contestación a la demanda propuesta dentro del proceso de la referencia por la señora **CLARA EMPERATRIZ VILLATE DE MEJIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-** y mi representada judicial en calidad, para que mediante Sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se ABSUELVA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN LEGAL Y DOMICILIO

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como Entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, para que ejerza las funciones señaladas en el Decreto 309 del 24 de febrero de 2017 y en las disposiciones legales vigentes, con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

De conformidad con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás

Colpensiones

prestaciones especiales que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de Entidad financiera de carácter especial.

La representación legal la ejerce el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, identificado con la cédula de ciudadanía número 12435765, o quien haga sus veces.

El domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., en la Carrera 10 No. 72-33 Torre B piso 11, No. Telefónico: 217-0100.

SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

FRENTE A LA PRETENSIÓN PRIMERA: Me opongo a la declaratoria de nulidad de la resolución 047363 del 13 de octubre de 2009, expedida por el antiguo Instituto de Seguros Sociales, ya que por medio de la misma se efectuó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de acuerdo a los preceptos de la Ley 71 de 1988, la cual se encuentran ajustada a derecho, adicional a lo anterior en el mencionado acto administrativo se le reconoció a la demandante su calidad de beneficiaria del régimen de transición pensional contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

FRENTE A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Me opongo a la declaratoria de nulidad de la resolución SUB 76509 del 26 de mayo de 2017 expedida por Colpensiones, toda vez que a la demandante no le asiste el derecho a la reliquidación pensional con el IBL de lo devengado en el último año de servicios, ni de conformidad con la Ley 33 de 1985, ni con la Ley 71 de 1988, ya que verificado por mi defendida el expediente administrativo, se estableció que la señora CLARA EMPERATRIZ VILLATE DE MEJIA, **no acreditaba los 20 años de cotización como servidora pública** que exige la norma, ya que únicamente acredita 932 semanas cotizadas al sector público, equivalentes a 18 años, 1 mes y 20 días al 31 de diciembre de 2014 y adicional a lo anterior liquidar una pensión de jubilación de una persona beneficiaria del régimen de transición (como es el caso que nos atañe) teniendo en cuenta su último año de servicios, no es procedente acceder a esta pretensión, toda vez que esta posición iría en contravía absoluta con lo plasmado en las sentencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210/2017, SU 395 de 2017, SU 023 de 2018 de la Corte Constitucional y la Sentencia del 28 de agosto de 2018 del Honorable Consejo de Estado, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos ***de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.***

FRENTE A LA PRETENSIÓN TERCERA: Me opongo a esta pretensión, toda vez que a la señora CLARA EMPERATRIZ VILLATE DE MEJIA, no le asiste el derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con el 75% del promedio del último año de servicios, ya que acceder a dicha pretensión no es procedente toda vez que esta

posición discrepa con el lineamiento jurisprudencial vigente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

FRENTE A LA PRETENSIÓN CUARTA: Me opongo a esta pretensión respecto a la solicitud de "reajustes de valor (indexación)", es procedente trae a colación lo consagrado en la Ley 100 e 1993 artículo 14: Que por otro lado es pertinente aclararle al peticionario que el legislador al establecer el reajuste de las pensiones, tanto para los pensionados que devengan pensiones superiores al mínimo como para aquellos cuyas mesadas con iguales a este, tiene como objeto primordial proteger a los afiliados o beneficiarios que ha perdido su capacidad laboral, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad, por enfermedades o por fallecimiento de un miembro familiar, se encuentran imposibilitados para obtener los recursos necesarios para su propia subsistencia y/o la de su familia".

En ese sentido el artículo 14 de la ley 100 de 1993 establece que " con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes , en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada años, según la variación porcentual del índice de precio al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno al dar lectura al texto legal se identifica de manera clara la existencia de dos fórmulas para el reajuste anual del valor de las mesadas pensionales así:

• PENSION IGUAL AL SALARIO MINIMO: aumento igual al incremento del salario mínimo legal mensual.

• PENSION MAYOR AL SALARIO MINIMO: se aplica como reajuste el porcentaje de variación del Indicé de precios al consumidor certificado por el DANE.

Las dos fórmulas de reajuste anteriormente son aplicadas por el administrador de la nómina de pensionados de Colpensiones para determinar el valor de la mesada pensional que disfrutaran todos y cada uno de los pensionados entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de cada año, de manera que como lo puede verificar en las constancias de pago, el valor que se consigna a su favor por concepto de mesada pensional de enero que se paga en febrero de cada anualidad siempre es superior al valor del que venía disfrutando hasta diciembre del año anterior.

Colpensiones

De conformidad con lo expuesto es claro que las pensiones reconocidas en el marco del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones son reajustadas de oficio a partir del primer día de enero de cada año, de acuerdo con el incremento del salario mínimo legal mensual vigente o la variación del índice de precios al consumidor según corresponda a cada pensión, motivo por el cual no hay lugar a efectuar el nuevo reajuste solicitado, hecho del que se concluye que no hay lugar a realizar pago extraordinario a su favor por ese concepto.

FRENTE A LA PRETENSIÓN QUINTA: Respecto a estas pretensiones dirigidas a obtener el pago de costas y agencias en derecho, me permito indicar lo siguiente:

El Consejo de Estado,1 en la Subsección A de la Sección Segunda, adoptó una postura frente a la condena en costas ordenando que ellas se deben generar luego de efectuar un análisis *objetivo valorativo*, en ese sentido dispuso:

"el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP9 , y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.° de la ley 1123 de 2007.

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera "automática" u "objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no[12]. Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:
[...]

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Expediente 13001-23-33-000-2013-00022-01, actor: José Francisco Guerrero. Demandada UGPP. Providencia de 7 de abril de 2016.

Colpensiones

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887

e) de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

f) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

g) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

h) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."

De lo anterior se logra evidenciar, que no basta con que una de las partes solicite la condena en costas, sino que debe sustentar su generación, pues la nueva postura de la Sección Segunda, cuya jurisprudencia es vinculante, a más de ser objetiva, es valorativa y exige la causación y respectiva prueba de las costas exigidas para que el operador de justicia pueda proceder a imponer la respectiva condena.

En síntesis, no basta con solicitar la condena en costas y con el solo hecho de la generación de las agencias en derecho el juez proceda a tal condena, pues nada obsta para que quien representó a la parte demandante lo haya ejercido de forma gratuita, de caridad o pro bono.

En razón a que la relación entre el abogado representante y la parte representada no se puede presumir como laboral por el simple acto de la representación, es necesario que por lo menos se anexe al expediente copia del contrato de prestación de servicios o el acuerdo de contraprestación al que hayan llegado las partes, para que así el juez derive una verdadera generación de agencias en derecho que concluya con una posible condena en costas.

Colpensiones

FRENTE A LA PRETENSIÓN SEXTA: Me opongo a esta pretensión respecto del pago de intereses moratorios por el no pago oportuno de la sentencia judicial que presta mérito ejecutivo, en aplicación del artículo 192 del CPACA, esto de conformidad con las siguientes consideraciones:

"ARTÍCULO 177. EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PÚBLICAS. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada".

El agente del ministerio público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

Así mismo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla en su artículo 192 un procedimiento expresamente dirigido al cumplimiento de las sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas, el cual establece expresamente que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses:

"ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada".

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el Juez o Magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.

Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan

acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.
En asuntos de carácter laboral, cuando se condene al reintegro, si dentro del término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, este no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.
El incumplimiento por parte de las autoridades de las disposiciones relacionadas con el reconocimiento y pago de créditos judicialmente reconocidos acarreará las sanciones penales, disciplinarias, fiscales y patrimoniales a que haya lugar.
Ejecutoriada la sentencia, para su cumplimiento, la Secretaría remitirá los oficios correspondientes.

Así las cosas, con relación al pago de los intereses sobre la condena impuesta, se tiene que las sentencias quedan ejecutoriadas 3 días después de notificadas cuando no tienen recursos o estos se han decidido. De conformidad con el Art. 177 del CCA, si la sentencia no señala plazo para el pago de la condena, los intereses moratorios se causan a partir del día siguiente a la ejecutoria, pero si no se presenta la reclamación dentro de los 6 meses siguientes, la causación de intereses se suspende hasta tanto se presente la solicitud de pago con las formalidades y se reanuda hasta su presentación.

Según el CPACA la sentencia genera intereses a partir del día siguiente a la fecha en que quedó ejecutoriada la decisión, pero en caso de no presentarse reclamación por parte del titular del derecho en un término de tres meses, cesa la causación de intereses hasta cuando se presente la reclamación correspondiente.

Los beneficiarios de las sentencias condenatorias tienen dos vías para hacerlas efectivas o ejecutarlas, una en sede administrativa, y la otra en sede jurisdiccional, que es el proceso ejecutivo regulado en el CGP, sea ante la jurisdicción ordinaria o ante la contencioso-administrativa, según el caso.

En cualquiera de esas vías el acreedor debe demostrar la existencia del crédito de manera idónea, la cual no puede ser otra que la primera copia de la sentencia según las normas del Código Contencioso Administrativo y del Código de Procedimiento Civil que el mismo actor invoca en la demanda (artículo 115, ordinal 2).

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que en el presente caso no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios por el no pago oportuno de la sentencia judicial que presta mérito ejecutivo, de conformidad con el artículo 192 del CPACA, toda vez que al no haber lugar a la prosperidad de las suplicas invocadas en la demanda, no se emitirá, por ende, providencia desfavorable en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones.

Colpensiones

Finalmente, me opongo a las demás pretensiones requeridas por la parte actora, en atención a que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos certeros para su prosperidad.

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda, los contesto así:

AL 1: ES CIERTO, de acuerdo a lo contenido en la parte resolutiva de la resolución 047363 del 13 de octubre de 2009, expedida por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES.

AL 2: ES CIERTO, de acuerdo a lo contenido en la parte resolutiva de la resolución 004586 del 16 de febrero de 2010, expedida por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES.

AL 3: ES CIERTO, de acuerdo a los vacíos en el aplicativo de historia laboral consignado en la resolución SUB 76509 del 26 de mayo de 2017.

AL 4: NO ME CONSTA, ya que en las certificaciones laborales contenidas en el libelo demandatorio constan que el demandante trabajo desde marzo de 2009 hasta noviembre del mismo año, pero no hace referencia alguna a la cantidad de días laborados.

AL 5: NO ES UN HECHO, toda vez que dentro del proceso se quiere computar meses discontinuos de años diferentes, para dar un soporte a las pretensiones de la demandante.

AL 5: ES PARCIALMENTE CIERTO, toda vez que las certificaciones expedidas por la SUBSECRETARIA DE GESTIÓN CORPORATIVA el DIRECTOR DE GESTIÓN HUMANA de la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ, versan sobre los meses laborados **mas no concuerda** los valores de las salarios recibidos ni días laborados con los manifestados por el apoderado de la parte demandante.

AL 7: ES CIERTO, de acuerdo a lo contenido en la parte resolutiva de la resolución 047363 del 13 de octubre de 2009, expedida por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES.

AL 8: NO ES CIERTO, ya que la pensión de jubilación reconocida a la señora CLARA EMPERATRIZ VILLATE DE MEJIA por medio de la resolución 047363 del 13 de octubre de 2009, fue reconocida bajo los parámetros jurídicos y económicos del caso por parte de mi defendida.

AL 9: ES CIERTO, toda vez que la pensión de jubilación fue reconocida y pagada a la demandante teniendo en cuenta el 75% de los últimos 10 años anteriores a la última cotización como lo ordena el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

AL 10: ES CIERTO, de conformidad con lo expuesto en la parte fáctica de la resolución SUB 76509 del 26 de mayo de 2017, expedida por Colpensiones.

AL 11: NO ES CIERTO, de acuerdo a lo consignado en el oficio con numero Bizagi BZ2018_4383777-1153925, la resolución SUB 76509 del 26 de mayo de 2017 misma fue notificada al apoderado de la parte demandante el día 12 de abril de 2018.

AL 12: ES CIERTO PARCIALMENTE, ya que, si se radico por parte del apoderado de la demandante un derecho de petición para ese fin, pero el mismo está fechado de 10 de abril de 2018.

AL 13: ES CIERTO, de acuerdo a lo contenido en el oficio con numero bizagi BZ2018_4383777-1153925, de fecha 12 de abril de 2018.

AL 14: ES CIERTO PARCIALMENTE, de conformidad con el oficio con numero bizagi BZ2018_4061068-1071553, de fecha 25 de abril de 2018, mas no es de conocimiento por parte de mi defendida cuando el apoderado de la parte demandante recibió dicho acto administrativo.

AL 15: NO ES CIERTO, ya que a la parte demandante se le notifico correctamente del acto administrativo resolución SUB 76509 del 26 de mayo de 2017, como ya se indicó en los acápites anteriores.

AL 16: NO ME CONSTA, ya que no es de conocimiento por parte de mi defendida cuando el apoderado de la parte demandante recibió dicho acto administrativo.

AL 17: ES CIERTO PARCIALMENTE, efectivamente el 16 de mayo de 2018 el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la resolución SUB 76509 del 26 de mayo de 2017, mas no lo es la manifestación de que hubo trabas o dilaciones por parte de mi defendida, ya que el mencionado recurso fue interpuesto extemporalmente.

AL 18: ES CIERTO PARCIALMENTE, ya que el mencionado acto administrativo oficio con numero bizagi BZ2018_5529214-1441162 de fecha 16 de mayo de 2018, informaba del procedimiento de respuesta por parte de mi defendida para decidir sobre el recurso interpuesto por la demandante, mas no dio jamás una respuesta de fondo al mismo.

AL 19: ES CIERTO, de acuerdo a lo mencionado en el oficio con numero bizagi BZ2018_6000479-1695743 del 08 de junio de 2018, expedido por Colpensiones.

AL 20: NO ES CIERTO, al apoderado se le notifico correctamente ambas resoluciones sean estas SUB 76509 del 26 de mayo de 2017 y la SUB 137852 del 24 de mayo de 2018, los días 12 de abril de 2018 y 08 de junio de 2018 respectivamente.

AL 21: ES CIERTO, de conformidad con las resoluciones: SUB 76509 del 26 de mayo de 2017 y SUB 137852 del 24 de mayo de 2018 ambas expedidas por Colpensiones.

Colpensiones

AL 22: ES CIERTO, de conformidad con las resoluciones: SUB 76509 del 26 de mayo de 2017 y SUB 137852 del 24 de mayo de 2018 ambas expedidas por Colpensiones, toda vez que de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y conforme a lo ordenado en el artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, la liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición se hará con los últimos 10 años de servicios o los que le faltare para llegar a la edad de reconocimiento pensional y no con el promedio de lo devengado en el último año de servicio.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, al realizar el estudio del caso que nos ocupa dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda resuelve que no es posible acceder a las pretensiones por no ser procedentes y no tener sustento, de acuerdo a lo siguiente:

A la demandante no le asiste derecho a que se reliquide la prestación pensional ya reconocida a su favor y como consecuencia de ello, no procede la declaratoria de nulidad de las resoluciones 047363 del 13 de octubre de 2009, y la SUB 76509 del 26 de mayo de 2017, como quiera que tales actos administrativos se encuentran ajustados a derecho y debidamente motivados.

Debe decirse que el legislador creó el régimen de transición con la finalidad de proteger las expectativas de las personas que habían cotizado 15 años o más, o 35 años de edad o más, mujeres, o 40 años o más, hombres, al 1 de abril de 1994.

*"**ARTICULO. 36.- Régimen de transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley."

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO. - Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

El Acto Legislativo 01 de 2005, señalo que el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho Régimen, además tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del mencionado Acto Legislativo (25 de julio 2005), a los cuales se les mantendrá hasta el año 2014.

Ahora bien, para mayor comprensión del ejercicio hermenéutico a realizar en el presente Acto Administrativo, resulta necesario señalar que el status de pensionado bajo cualquier normatividad, sólo se adquiere cuando coincidan los requisitos mínimos de semanas de cotización o tiempo y edad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, "el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

Una vez verificado el expediente administrativo del accionante, se encuentran los documentos soporte en los cuales se logra establecer que la señora CLARA EMPERATRIZ VILLATE DE MEJIA, **no acreditaba los 20 años de cotización como**

servidora pública que exige el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, ya que según el expediente administrativo y lo reflejado en la historia laboral acredita únicamente 932 semanas cotizadas al sector público, equivalentes a 18 años, 1 mes y 20 días al 31 de diciembre de 2014 (fecha de expiración del régimen de transición de acorde al Acto Legislativo 01 de 2005).

Ahora bien, por otro lado, tampoco no es posible reliquidar la pensión a la parte actora, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto de conformidad con las siguientes consideraciones de orden legal y jurisprudencial:

Lo anterior en concordancia con lo expuesto en las sentencias expedidas por la Corte Constitucional referente al tema:

- La Sentencia C-258 de 2013 de la Honorable Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, preciso en su parte considerativa:

[...] esta Corporación al estudiar [Se refiere a la sentencia C-258/13] la constitucionalidad de la norma demandada en esa oportunidad (art. 17 Ley 4 de 1992), fijó unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, especialmente en lo relacionado en su inciso 3°, que establece el modo de calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo; interpretación constitucional que no resulta ajena al presente caso, más aun, cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial del que era beneficiario el accionante, y del régimen de transición mencionado.

- Posteriormente la Sentencia SU 230 de 2015, proferida por esta misma corporación, comunicada el 29 de abril del 2016 expreso lo siguiente:

"...la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquel régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.".

Colpensiones

Siguiendo el mismo lineamiento a través de la sentencia SU- 427 de 2016, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, una vez más, el máximo órgano constitucional, reiteró las reglas de interpretación en relación con la aplicación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que es obligación de todos los jueces aplicar las mismas en cuanto a la reliquidación de la pensiones los beneficiarios del régimen de transición, por cuanto el desconocimiento a dicho precedente implicaría incurrir en abuso del derecho; asimismo en dicha providencia se ordenó a las entidades de pensiones promover la revisión de las pensiones ya reconocidas a través del mecanismos previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, y en su defecto en caso de que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado no atendiera dicho precedente, quedaban habilitadas tales entidades para acudir a la revisión de esas providencias por vía de tutela.

Adicionalmente a lo anterior la Corte Constitucional en el fallo C-258 de 2013, reafirmo la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

"El modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de la liquidación".

Por último, la Sentencia SU-395 de 2017 respecto del tema señaló:

Esto quiere decir que la garantía del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permite que i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, mi) el tiempo de servicio -o número de semanas cotizadas-, y ii) el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:

(i) Las mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.

(ii) Los hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.

(iii) Los hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.

8.6. En síntesis, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición:

(i) La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional.

(ii) El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto.

(iii) El monto de la misma.

[...]

8.17. Vistas, así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

Por tal razón COLPENSIONES, considera que es inviable la solicitud de reliquidar la prestación de la demandante con el promedio cotizado en el último año de servicios incluyendo todos los factores salariales y más aún cuando dicha posición ya es defendida y compartida por el mismo Consejo de Estado.

CONSEJO DE ESTADO

El Honorable Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente Cesar Palomino Cortes, cambio su posición, donde se dejaron atrás las dicotomías que por muchos años tenía con la Corte Constitucional; en este nuevo pronunciamiento, el Consejo de Estado reconoce y establece una corriente jurisprudencial según la cual las pensiones de los empleados públicos cobijados por el régimen de transición deben ser liquidadas teniendo en cuenta la legislación anterior únicamente en lo que se refiere a edad, tiempo de servicio y monto (entendido como tasa de reemplazo [o «porcentaje» en palabras de la Corte Suprema de Justicia]), pero, el IBL, es decir, el tiempo a tomar para calcular el valor de la mesada pensional, será el establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; en el anterior sentido afirmó:

"85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

[...]

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador

en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-administrativo, sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2018 bajo radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01. Consejero ponente César Palomino. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero. Demandada CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN. (...)"

CASO CONCRETO

Con base a lo anterior, debe tenerse en cuenta que a la demandante no le asiste derecho a la reliquidación pensional, teniendo como base para la liquidación el 75% promedio mensual devengado en el último año de servicios de acuerdo a lo ordenado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, toda vez que verificado por Colpensiones el expediente administrativo, se estableció que la señora CLARA EMPERATRIZ VILLATE DE MEJIA, no acreditaba los 20 años de cotización como servidora pública que exige la norma, toda vez que únicamente acredita 932 semanas cotizadas al sector público, equivalentes a 18 años, 1 mes y 20 días al 31 de diciembre de 2014 (fecha de expiración del régimen de transición de acuerdo al Acto Legislativo 01 de 2005).

Adicionalmente, no es procedente acceder a la pretensión de liquidación pensional teniendo en cuenta los factores salariales devengados por la demandante, durante su último año de servicio, toda vez que esta posición discrepa con el lineamiento jurisprudencial plasmado en las sentencias **T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210/2017, SU 395 de 2017, SU 023 de 2018 de la Corte Constitucional y la Sentencia del 28 de agosto de 2018 del Honorable Consejo de Estado,** en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

Finalmente, la entidad efectuó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de acuerdo a los preceptos de la Ley 71 de 1988, de acuerdo a la resolución 047363 expedida por el antiguo Instituto de Seguros Sociales e ingreso a nómina de pensionados a la demandante por medio de la resolución 004586 del 16 de febrero de 2010 igualmente expedida por el Instituto de Seguros Sociales, las cuales se encuentran conforme a derecho.

EXCEPCIONES

Con el debido respeto formulo las siguientes excepciones a la demanda formulada.

PRIMERA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE COLPENSIONES.

Colpensiones

Consiste en que no ha nacido obligación por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, toda vez que la demandante en la actualidad no le asiste derecho a la reliquidación pensional, teniendo como base para la liquidación el 75% promedio mensual devengado en el último año de servicios de acuerdo a lo ordenado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, toda vez que verificado por Colpensiones el expediente administrativo, se estableció que la señora CLARA EMPERATRIZ VILLATE DE MEJIA, no acreditaba los 20 años de cotización como servidora pública que exige la norma, toda vez que únicamente acredita 932 semanas cotizadas al sector público, equivalentes a 18 años, 1 mes y 20 días al 31 de diciembre de 2014.

Adicionalmente, no es procedente acceder a la pretensión de liquidación pensional teniendo en cuenta los factores salariales devengados por la demandante, durante su último año de servicio, toda vez que esta posición discrepa con el lineamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

SEGUNDA: COBRO DE LO NO DEBIDO.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, como administrador del Régimen de Prima Media al reconocer y pagar una pensión, lo realiza con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas de cotizaciones y monto pensional., por lo cual, cuando la demandante sin asidero jurídico o fáctico reclama una prestación distinta incurre en un cobro de lo no debido.

TERCERA: PRESCRIPCIÓN

La presente excepción de prescripción se propone, sin que con ello se reconozca derecho alguno al demandante. Se propone prescripción sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor del demandante, de conformidad con las normas legales, sobre las reclamaciones aducidas por la parte actora.

CUARTA: BUENA FE

COLPENSIONES en todas sus actuaciones tiene que someterse al imperio de la constitución Nacional y de la Ley, conforme lo prescriben entre otros los Artículos 121, 122 y 128 de la Carta Política, siendo esto lo que ha acatado hasta el momento.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"Como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935, citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella". Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: "De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo".

"El principio de la buena fe es también principio del derecho laboral, ha sido incluido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: "El principio de la buena fe, que no es nuevo, sino que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el de trabajo". Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949 y que llega hasta analizar no solo la buena fe sino la mala fe, en los siguientes términos:"

"La mala fe –ha dicho la Corte Suprema de Justicia- debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fide, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz, que mostrara un aprovechamiento inhonesto del estado de inferioridad en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso"

Según lo anterior, la buena fe en la labor misional de COLPENSIONES surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho, por lo cual, existiendo la presunción de legalidad del acto que garantiza seguridad jurídica en la decisión prestacional, tal circunstancia permite revestir además bajo la égida de la buena fe el reconocimiento o negación pensional por lo que es de carga exclusiva del demandante controvertir tanto la presunción legal del acto como la buena fe en la decisión.

QUINTA: GENÉRICA O INNOMINADA

Colpensiones

De manera respetuosa se presenta esta excepción con el fin de que se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de la entidad demandada, en ese sentido se declaren las demás excepciones que resulten dentro del proceso.

MEDIOS DE PRUEBAS

1. Las solicitadas por la actora son conducentes para el proceso, pero no otorgan nuevos juicios de valor que sean suficientes como para que el Honorable Magistrado efectúe declaración o condena alguna en contra de mi defendida.

2. Expediente Administrativo del demandante.

ANEXOS

1. Poder General debidamente otorgado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la firma Conciliatus S.A.S., representada legalmente por el suscrito JOSE OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.
2. Poder de sustitución debidamente otorgado por el Dr. JOSE OCTAVIO ZULUAGA RODRIGUEZ.
3. Historia Laboral del demandante.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones se pueden surtir en:

- El suscrito en la Carrera 11 No. 73-44 Edificio Monserrat, oficina 708.
- atoloza.conciliatus@gmail.com
- Teléfono: 3132185052.

Atentamente,

ANDRES FELIPE TOLOZA ACEVEDO
C.C. 1.030.608.510 de Bogotá D.C.
T.P. 267.658 del C.S. de la J.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2018 - 2562

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

127

HONORABLE MAGISTRADO:
DR. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA
E. S. D.

Ref.: Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del **HECTOR ARMANDO ALVARADO ZARABANDA** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.**

Rad.: 25000234200020180256200

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía N° 37,627.008 de Puente Nacional, portadora de la Tarjeta Profesional 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada SUSTITUTA de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; por medio del presente escrito y dentro del término legal procedo a contestar la demanda de la siguiente manera:

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante, en consecuencia, respetuosamente le solicito al Despacho que se abstenga de fallar de manera condenatoria en mérito del asunto, por las razones que a continuación se esgrimen:

EN CUANTO A LAS DECLARATIVAS:

Me opongo a que se declare la nulidad del artículo 8 y 9 de la resolución RDP 0042361 de noviembre 10 de 2017 expedida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARA FISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP; mediante la cual la entidad elabora una liquidación y deducciones de aportes con la cual se dio cumplimiento a un fallo judicial.

De esta forma se encuentra que el recobro debe efectuarse no solo porque así lo ordeno el fallo judicial objeto de cumplimiento, sino por disposición constitucional de acuerdo al Acto legislativo 01 de 2005, que prohíbe reliquidar las pensiones con factores a los cuales no se les realizaron los respectivos descuentos por aportes y como se observa en la liquidación efectuada por la entidad, esta se efectuó en correcta forma y por tanto al ser estos descuentos taxativamente ordenados, no es procedente que la entidad desconozca ninguna orden judicial que haga tránsito a cosa juzgada.

Igualmente me opongo a que se declare la nulidad de la No RDP 005159 de febrero 12 de 2018, por medio de la cual nuevamente se elabora una liquidación se ordena una deducción de aportes y se niega la solicitud presentada sobre la revisión y corrección de la liquidación de aportes de nuevos factores salariales, sin otrogar recurso alguno .

Así las cosas no es viable acceder a la nulidad de las resoluciones proferidas por la UGPP y acceder a la nulidad del restablecimiento del derecho solicitado por la

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

parte demandante, toda vez que es jurídicamente viable realizar el cobro de las aportes pensionales por factores insolutos (que no hicieron parte del IBC en su momento) o sobre las diferencias de aportes entre lo cotizado y lo que efectivamente debió cotizar, cuando exista una reliquidación por vía judicial o conciliatoria, teniendo en cuenta que debe existir una correlación entre IBC e IBL. Es así como el cobro debe realizarse en la respetiva proporción en el trabajador del 25% y el empleador y 75%, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, siendo estas disposiciones de obligatorio cumplimiento.

Es así que, no es viable acceder a modo de restablecimiento de derecho a lo pretendido; teniendo en cuenta que existió un pronunciamiento judicial en el cual se ordenó taxativamente se hicieran los descuentos sobre los aportes que se ordenan incluir en razón a la reliquidación ordenada por dicho fallo y la Unidad realizó dicho descuento en cumplimiento a la ya mencionada orden judicial por lo que se señalará la existencia de cosa juzgada.

Por lo anteriormente expuesto no es dable que el honorable Juez de la Republica exima al demandante, a realizar el pago ordenado en las resoluciones, toda vez que la UGPP expide las mismas ajustándolas a derecho.

Que teniendo en cuenta que las resoluciones fueron expedidas conforme a derecho y en tiempo, no hay lugar a que se declare, que al ser lo obligación del cálculo y deducción de aportes una obligación Parafiscal, deberá aplicarse de pleno derecho la prescripción de lo acción de cobro en los términos de los artículos 817 del estatuto tributario, contados cinco años anteriores al retiro definitivo del servicio oficial, esto es el periodo de Septiembre 01 de 2008 a Agosto 30 de 2013.

No le asiste derecho a la parte demandante a que el honorable magistrado ordene la devolución de las sumas de dinero, deducidas o pago del cumplimiento de follo efectuado en Diciembre de 2017 y las que se han venido haciendo periódicamente desde el mes de Enero de 2018, y tampoco se deberán incluir los intereses ordenados en lo sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección "A" del 10 de Agosto de 2017, desde el día siguiente o la ejecutorio de aquella, hasta cuando se produzca el reintegro total de las sumas solicitados.

Tampoco le asiste derecho a la parte demandante a que, sobre las diferencias de mesadas dejadas de pagar, se ordene el pago de intereses hasta que se produzca el pago definitivo de esos mayores valores deducidos conforme a los artículo 192 y 195 del CPACA, o se ordene pagar los intereses de que trota el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9° de lo sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desde el 26 de Agosto de 2017 y hasta que se produzco el reintegro de estas sumas de Dinero.

Habida cuenta que no hay lugar a la prosperidad de las declaraciones y condenas, se debe proceder a proferir fallo absolutorio de todo concepto a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.

A LOS HECHOS Y OMISIONES

En cuanto a los hechos plasmados en el libelo de la demanda, me permito manifestar lo siguiente:

A lo marcado como número 1: Es cierto.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

A lo marcado como número 2: Es cierto.

A lo marcado como número 3: Es cierto.

A lo marcado como número 4:.

A lo marcado como número 5:.

A lo marcado como número 6:.

A lo marcado como número 7:.

A lo marcado como número 8:.

A lo marcado como número 9:.

A lo marcado como número 10:.

A lo marcado como número 11:.

A lo marcado como número 12: No es cierto, toda vez que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, le adeuda valor alguno al demandante, por el contrario es él quien debía cancelar la suma de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS pesos ($ 18,839,336.00 m/cte) por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados.

A lo marcado como número 13: No es un hecho, lo anterior corresponde a una apreciación que realiza el apoderado de la parte demandante.

A lo marcado como número 14: No es cierto. La deducción realizada corresponde al cumplimiento de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección "A" del 10 de Agosto de 2017, por lo anterior es aquí donde mi representanda encuentra el sustento legal para realizar dichos descuentos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sea lo primero señalar que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, al realizar el estudio del caso que nos ocupa, encontró que el artículo 1 de la RDP 0005159 del 12 de febrero de 2018, por medio del cual se modifica la Resolución No. RDP 042361 del 10 de noviembre de 2017, en la parte resolutiva, artículos primero, tercero, octavo y noveno, se encuentra plenamente ajustada a derecho.

Por ende, en cuanto a la pretensión del demandante de que la UGPP se abstenga de realizar el cobro de la suma señalada no encuentra ninguna validez por lo que es preciso señalar las siguientes consideraciones de orden legal:

La pensión desde el enfoque económico, tiene un carácter contributivo y no gracioso, lo que indica que el sistema pensional, implica obligaciones a cargo del Estado y de los afiliados. (Empleadores y servidores), entre estas, la de cotizar y efectuar los correspondientes descuentos

La cartilla ABC- Sistema de Protección Social, define que la pensión: es la suma de dinero que el sistema general de pensiones paga de manera vitalicia y hasta la

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

muerte al afiliado (empleado con contrato laboral o trabajador independiente), y cobija a quienes hayan estado afiliados al sistema de pensiones, como cotizantes en una administradora de pensiones y reúnan ciertos requisitos de edad y semanas cotizadas[1]

La Corte Constitucional, en relación con la cotización y su relación con el salario, expresó:

> *"...La cotización obligatoria es directamente proporcional al salario. Es decir, a mayor salario, mayor cotización. Sin embargo, esta regla general sólo opera hasta el tope de los veinticinco SLMM. De este límite para arriba, la cotización se mantiene estática, es decir, es igual sin importar que el trabajador devengue mayores salarios o perciba mayores ingresos. La cotización obligatoria también es directamente proporcional al monto de la pensión..."*[2]

Por todo lo anterior y en armonía con el principio o deber de correlación entre el ingreso base de cotización y el ingreso base de liquidación, encuentra su fundamento en el origen y financiación propia de la prestación, la cual en todo caso, tiene como fundamento unos aportes o cotizaciones que se han realizado, a efectos de proteger un determinado riesgo, que en seguridad social son los de vejez, invalidez y muerte.

El primer antecedente legal que existe de correlación entre el aporte y la determinación de un derecho prestacional, materializada en la compensación de aportes o cotizaciones, está establecida en el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, que expresó:

> *"Artículo 99°.- Deducciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes,* ***la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes,*** *que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio."*

Posteriormente, el legislador continúo desarrollando este deber, y principio, mediante la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, cuando en su artículo 1 expresó:

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

[1] ABC del Sistema de Protección Social- deberes y derechos. Ministerio de Protección Social consulta en https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/CARTILLA%20DEL%20ABC.pdf
[2] Corte Constitucional Sentencia C-1054/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

127

nocturna o en día de descanso obligatorio. En ***todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.***" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Esta figura, tomo mayor consistencia y estructura a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, donde se estableció una clara y directa relación entre la base de las cotizaciones para la pensión y la base para la liquidación de la misma, propios de la seguridad social integral, teniendo en cuenta que los mismos, corresponden a la base de la financiación de la prestación a reconocer; la Ley 100 de 1993 en el artículo 15 perceptual:

"ARTÍCULO 15. AFILIADOS. (Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003). Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales. (...)

PARÁGRAFO 1o. En el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios:

a) El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y ***deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado.*** *De tal manera que aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley (...)"* (Subrayas fuera de texto).

La Ley 797 de 2003, en su artículo 4 modificatorio del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, ordena:

"ARTÍCULO 4°. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:
ARTÍCULO 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. ***Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen."*** (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, se refiere al **salario base de cotización** para los trabajadores asalariado y fija los extremos mínimos y máximos de la cotización, que oscila entre 1 y 25 smmv. El artículo 19 ibídem, modificado por el artículo 6 de la ley 797 de 2003, al **ingreso base de cotización** para los trabajadores independientes

"ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. (Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003). El nuevo texto es el siguiente: La base

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual. (...)

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales. (...)

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión." (Subrayas fuera de texto).

De lo relatado anteriormente, se reitera que una de las obligaciones en materia pensional, es cotizar durante la vida laboral y hacer los correspondientes descuentos sobre todo lo que constituye salario o ingreso.

Asimismo, la pensión desde el punto de vista económico genera unos componentes o elementos, como son: las cotizaciones, salario base, ingreso base de cotización, (IBC), la tasa de cotización. Adicionalmente, un monto de cotización, que serán definidos a continuación.

El Diccionario de la Lengua Española, define "cotizar" como: "*pagar una cuota. // Pagar la parte correspondiente de gastos colectivos, las cuotas de la seguridad social*[3]. El Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, precisa que "cotización", es la: "aportación periódica a determinados fondos de índole social".[4]

El decreto 3063 de 1989, en sus artículos 20 y 21 precisa:

"ARTÍCULO 20. COTIZACIÓN. Es el porcentaje del salario total del trabajador con que deben contribuir patronos y trabajadores para financiar un determinado seguro.

Cuando el afiliado tenga ingresos mensuales diferentes al salario ordinario pero que también constituyen salario, cotizará con base en todos ellos de conformidad con los respectivos reglamentos.

ARTÍCULO 21. APORTE. Es el valor que a cada patrono o trabajador corresponde cancelar al ISS para un determinado seguro, según el salario o ingreso real reportado.

Con las excepciones establecidas para el servicio doméstico que devengue un salario inferior al mínimo legal y las consagradas en reglamentos especiales, los aportes, para efectos de los seguros sociales, no podrán liquidarse sobre un salario inferior al mínimo legal.

Es entendido que esta norma se aplica inclusive para las autoliquidaciones."

Por su parte, el Diccionario de Derecho Individual del Trabajo, ha entendido, por salario base: "...una de las variables del salario básico es la de salario base, noción

[3] Real Academia Española Página 677.
[4] Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas. Tomo III. Página 404.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

128

que sirve para **calcular el monto** de prestaciones o de obligaciones a cubrir por parte de empleadores y de trabajadores: se habla, entonces, de salario base de cotización y salario base de liquidación:" "desde el cual se calculan los demás conceptos..." (Negrilla fuera de texto)

La misma obra contiene la noción de "ingreso base" y la define como: "la remuneración habitual que una persona percibe por la prestación de sus servicios personales, independientes (honorarios, renta, intereses, utilidades,) o subordinados (salario), a partir de la cual se calculan los beneficios accesorios o consecuenciales y las obligaciones legales o convencionales que emanan de la prestación regular."[5]

Siguiendo con estas nociones; el diccionario de la Lengua Española, define "monto", como: "suma de varias partidas" [6] y el diccionario Español Oxford Living como "Suma final de varias partidas o cantidades."[7] Monto de cotizaciones: es el valor económico acumulado. Finalmente, "tasa", es definido como la relación de dos magnitudes// tributo que se impone al disfrute de ciertos servicios o al ejercicio de ciertas actividades. En términos generales y en el ámbito económico, es la contraprestación que una persona paga por un derecho o servicios[8]

Así las cosas, por cotización ha de entenderse, como el valor económico que cada empleador, trabajador, y afiliado, deben cancelar. En otras palabras es el aporte al sistema, de acuerdo con el salario mensual o ingreso real, en el porcentaje (tasa) y términos fijados por la ley, en tanto, el ingreso base de liquidación (IBC) es la porción de todo salario o ingreso, del trabajador dependiente o independiente, que se toma para aplicar el porcentaje (tasa) de aporte respectivo al momento de realizar la cotización al Sistema General de Seguridad Social.

A su turno el artículo 3. ° del Decreto 510 de 2003, señala:

> *"ARTÍCULO 3.- La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, limite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud.*
>
> *La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones, sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud"*

Teniendo en cuenta las normas anteriormente expuestas, debe entenderse que el ingreso base de cotización constituye la porción de lo devengado por una persona que se toma como base para aplicar el porcentaje del aporte que señala la Ley, al momento de realizar la cotización al Sistema General en Pensiones, para la protección de los riesgos derivados de la vejez, invalidez y muerte.

Ahora bien, la suma de los ingresos base de cotización actualizados mes a mes al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, durante un espacio de tiempo determinado por la Ley dará lugar al Ingreso Base de Liquidación, que será

---

[5] Diccionario de Derecho Individual del Trabajo. Alfonso Vargas Castellanos. Página 548.
[6] Diccionario de la Lengua Española Real Academia de la Lengua. Vigésima Segunda Edición, 2001.
[7] Consulta hoy 1 de enero de 2017, en ULR https://es.oxforddictionaries.com/definicion/monto
[8] Hacienda Pública- Juan Camilo Restrepo. 2ª Edición. Universidad Externado. Página 122-

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

en últimas el que determine el valor de la mesada pensional, después de la aplicación de la tasa de reemplazo.

En efecto, en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 se hace alusión al *"ingreso base de liquidación"*, que en palabras del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, es *"la base a la cual se aplica el monto o porcentaje (...)" "(...) con que se liquida la pensión (...)"*

Corolario de lo anterior, el inciso 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 superior, elevó a rango constitucional este principio, señalando la importancia del mismo y estableciéndolo como componente fundamental en el principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

El principio de cobertura universal del sistema de seguridad social establecido en el artículo 48 constitucional impone la obligación de racionalizar los recursos pertenecientes al sistema de seguridad social, en ese escenario surge el principio de sostenibilidad financiera como un instrumento de realización de la máxima constitucional.

Al respecto Acto Legislativo 01 de 2005, consagró:

> *"Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*
>
> *"El Estado garantizará los derechos,* ***la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional****, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas". (...)*
>
> *"Para la liquidación de las pensiones* ***sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones****. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión". .* (Subrayas y resaltado fuera de texto).

De las normas citadas se infiere que el ingreso base de liquidación es el reflejo del promedio de los salarios o rentas efectivamente cotizados, que como se dijo, será la suma sobre la cual se aplicará el respectivo porcentaje para finalmente determinar la cuantía de la prestación. Se puede afirmar que el Ingreso Base de Liquidación se compone por dos aspectos: a) el tiempo a promediar y b) la lista de factores a incluir en el promedio.

Vale la pena recalcar que, el mismo Consejo de Estado, ha reconocido la existencia de la regla de correlación entre la base de cotización y la base de liquidación de la pensiones de regímenes especiales derivados del régimen de transición. Así, dicha Corporación ha sostenido en diferentes ocasiones, **especialmente en la Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01**, que el hecho de no haber realizado la cotización de los aportes

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

121

sobre todos los factores que de conformidad con la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base de liquidación, no da origen a que se niegue la inclusión de determinado factor, **sino que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión deba hacer los descuentos correspondientes a las cotizaciones por el factor o factores incluidos.**

> *"De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.*
> *(...)*
>
> *No se hace evidente que el reconocimiento pensional, bajo el criterio del Consejo de Estado afecte las finanzas públicas, menos cuando el impacto fiscal no pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales y pensionales. Además, ha sido línea jurisprudencial de esta Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores salariales que no se hubieren hecho, pues se repite, en Colombia, no hay pensiones graciosas, salvo, la especialísima del personal docente. (...)"* (subraya fuera de texto)[9]

Quiere decir lo anterior que la obligación de cotización sobre todos los factores incluidos en la base de liquidación de la pensión reitera jurisprudencialmente la regla legal reseñada en precedencia respecto de la correlación entre el ingreso base de cotización y el ingreso base de liquidación.

Por lo anterior, y ante las reliquidaciones realizadas, donde exista una diferencia entre lo que en su momento se cotizó, ya sea por concepto o factor no incluido, o como proporción (cotización realizada por debajo de que realmente devengaba el funcionario)[10], por lo que en aplicación del deber de correlación se hace necesario realizar la compensación de aportes.

Ahora bien, para el caso concreto, para lograr la sostenibilidad del sistema, el legislador previó la obligación de cotización en cabeza del trabajador y el empleador en un 25% y 75% respectivamente, en tal sentido el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 señaló la obligatoriedad de las cotizaciones durante el período de la relación laboral sobre la base del salario y de los ingresos efectivamente devengados, lo cual evidencia, como se señaló anteriormente, que el factor cotización se instituye en un instrumento de financiamiento del sistema que se materializa en la sostenibilidad del mismo y en la garantía de acceso a la prestaciones económicas que reconoce el régimen a sus afiliados.

---

[9] Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

[10] Esto es aplicable a los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en virtud de la sentencia C-173 de 2004, la Corte Constitucional declaro la inexequibilidad de la norma que permitió al Ministerio realizar las cotizaciones con un sueldo equivalente, y ordenó cotizar y reconocer las pensiones con lo realmente devengado por el funcionario.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

Por lo anterior, es jurídicamente viable realizar el cobro de aportes pensionales por factores insolutos (que no hicieron parte del IBC en su momento) o sobre las diferencias de aportes entre lo cotizado y lo que efectivamente debió cotizar, cuando exista una reliquidación por vía judicial o conciliatoria, teniendo en cuenta que debe existir una correlación entre IBC e IBL.

Por otra parte, la indexación ha sido definida por la Corte Constitucional[11] como el "*sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.*"

En materia pensional, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 prevé la actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones no sólo de vejez sino también la de invalidez y sobreviviente, "*con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*".

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempla que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos, "*actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*".

La Corte Constitucional[12] a partir de una interpretación sistemática de los preceptos previstos tanto en el preámbulo de la Constitución Política, como en los artículos 1°, 25, 48 y 53, se ha pronunciado sobre el carácter constitucional del derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a obtener su actualización y que esta garantía se encuentra vinculada con el principio in dubio pro operario, los postulados del Estado Social de Derecho, la protección a las personas de la tercera edad, el derecho a la igualdad y al mínimo vital, proclamando el derecho universal de los jubilados a la indexación de la primera mesada pensional, independientemente de la fecha de causación y/o reconocimiento de la pensión objeto de actualización.

Por su parte, el Consejo de Estado[13] ha manifestado frente al derecho de la indexación de la primera mesada pensional que se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento

---

[11] Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia SU – 1073 de 12 de diciembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[12] Entre otras, Sentencias SU - 120 de 13 de febrero de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C - 862 de 19 de octubre de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; C – 891A de noviembre 1° de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil; SU – 1073 de 12 de diciembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; las de tutela T-663 de 2003, T-1169 de 2003, T-815 de 2004, T-805 de 2004, T-098 de 2005, T-045 de 2007, T-390 de 2009 y T-447 de 2009, T-362 de 2010, y recientemente la Su-1073 de 2012,

[13] Entre otras, sentencias de febrero 18 de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; abril 12 de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10), C. P. Gerardo Arenas Monsalve; marzo 07 de 2013, radicado No. 76001-23-31-000-2008-01205-01(1995-11), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

131

En virtud de lo anterior, ante la posibilidad no solo legal, constitucional sino también jurisprudencial de actualizar las sumas que en materia pensional deban asumir tanto el empleador como el trabajador, con el fin de garantizar la actualización o la corrección monetaria, la deuda generada por concepto de diferencias en aportes pensionales se liquidaría de acuerdo al monto porcentual que corresponde al trabajador y al empleador dentro de la respectiva obligación de cotización a partir de la fecha que corresponda, sumas que deberán ser indexadas de acuerdo con el comportamiento de la cotización a pensión a pagar (de forma completa o solo las diferencias) y bajo la fórmula del Consejo de Estado R= RH índice final/ índice inicial con fundamento en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011[14].

Es relevante resaltar que el término de "Cálculo o reserva actuarial por omisión de afiliación", trae como consecuencia directa la posibilidad de trasladar al Sistema General de Pensiones una reserva actuarial o un título pensional, con el fin de que esas cotizaciones de factores insolutos o diferencia en la cotización financie con suficiencia la prestación a cancelar.

Es importante considerar el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia que señala la necesidad de entender que la omisión de la afiliación es un concepto que se asimila, en sus consecuencias, a la falta de reporte de novedad de ingreso por parte del empleador[15].

La Corte Constitucional en Auto 343 de 2006, en un caso similar, le advirtió al entonces ISS, hoy Colpensiones que debía indicarle al Ministerio de Relaciones la suma que debía ser cancelada en virtud de los aportes dejados de pagar por un funcionario del servicio diplomático. Fue así como la Corte en la parte resolutiva de la referida sentencia al referirse a los aportes que debían ser pagados, resolvió lo siguiente:

> *"Debe entonces volverse a la sentencia de tutela, que en el párrafo segundo del numeral segundo de la parte resolutiva ordenó: "Igualmente, considerando que los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores al ISS correspondieron a un salario menor al devengado por el señor Armando Echeverri Jiménez, el mismo tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados según el salario real del trabajador, obligación compartida por el empleador y el trabajador,* ***DISPONER*** *que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el señor Armando Echeverri Jiménez quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda, la parte no aportada de las cotizaciones, a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de*

14Los lineamientos del Consejo de Estado ha empleado en relación con la actualización de obligaciones y condenas de contenido dinerario señalan que:
"La suma insoluta o dejada de pagar, será objeto de ajuste al valor, desde la fecha en que se dejó de pagar hasta la notificación de esta sentencia , dando aplicación a la siguiente fórmula:
R= Rh índice final/índice inicial donde el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al pensionado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de notificación de esta sentencia, entre el índice inicial, que es el vigente al causarse cada mesada pensional. Por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el actor sin actualizar, y para los demás emolumentos (primas), teniendo en cuenta que el índice aplicable es el vigente al causarse cada una de las prestaciones." Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subseccion "B". C.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez. Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Corte Constitucional, Sentencias T-425 de 2007, T-815 de 2007, T-311 de 2008, T-789 de 2008 y T-141 de 2011 entre otras.
15 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P: Eduardo Villegas López. Radicación No. 36234. Acta No. 13. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil diez (2010).

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora."

En este punto de la sentencia es claro que la Corte acoge de cierta manera el sentir del Consejo de Estado[16] respecto a la correlación que debe lograrse entre el IBC e IBL expuesto, pero hace en esta misma sentencia, la siguiente salvedad con relación a lo que la Corte Constitucional entiende para este caso como aportes. Veamos:

"Dadas las circunstancias, la Corte debe intervenir de manera excepcional para que se cumpla la sentencia T-098 de 2006. Como se ve, la tardanza en la cabal atención de la tutela se debe a una controversia surgida entre las entidad encargada de su cumplimiento (Ministerio de Relaciones Exteriores) y la encargada de facilitarlo (ISS), en cuanto a la forma como corresponde liquidarse los aportes que deben ser pagados por parte del Ministerio."

"La discusión respecto al numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de tutela, ha llevado a la entidad comprometida a cumplir únicamente con la primera parte de la sentencia esto es, el Ministerio de Relaciones Exteriores efectivamente ha enviado al ISS la información sobre los salarios reales que percibió Armando Echeverri Jiménez, pero ha omitido enviar el pago de los aportes correspondientes liquidados, de acuerdo con los salarios que realmente devengó."

"El párrafo segundo del numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de tutela, ha sido incumplido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en tanto, considera que la liquidación realizada por el ISS en cuanto a los aportes adeudados, no corresponde a lo ordenado en la sentencia referida. Sostiene que el ISS está cobrando intereses por mora y rendimientos, previsión que la sentencia de tutela no contempló."

"Debe entonces volverse a la sentencia de tutela, que en el párrafo segundo del numeral segundo de la parte resolutiva ordenó: "Igualmente, considerando que los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores al ISS correspondieron a un salario menor al devengado por el señor Armando Echeverri Jiménez, el mismo tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados según el salario real del trabajador, obligación compartida por el empleador y el trabajador, ***DISPONER*** *que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el señor Armando Echeverri Jiménez quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda, la parte no aportada de las cotizaciones, a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora."*

"Lo anterior significa que la orden está dirigida a que se liquiden los aportes correspondientes, sin tener en cuenta sanciones o intereses por mora y según declara el ISS la liquidación se ha realizado

16 Rad (4582-04) de Abril 6 de 2011

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

131

efectivamente sin incluir tales intereses por mora o sanciones, sino únicamente la indexación de que trata el artículo 32 de la ley 100 de 1993, que no está prevista como una sanción."

"En este sentido, la Corte Constitucional ha determinado que la liquidación de los aportes deben realizarse conforme a los cálculos actuariales, cuestión que sustenta tanto en normas constitucionales como legales. Así, el artículo 48 de la Constitución Política establece que la ley "definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante...". *El artículo 32 de la Ley 100 de 1993 prevé que "Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley."*

"De otra parte, el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, consagra la sanción moratoria al señalar que "Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios".

"Así entonces, las actualizaciones monetarias (indexación) y los intereses por mora son conceptos disímiles. En este preciso caso, el fallo no limitó la liquidación de los aportes a la indexación legalmente establecida sino a los intereses por mora y otras sanciones."

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional es clara al determinar que para constituir el capital necesario (aportes) para el pago de una pensión de estas características, se hace necesario realizar un ejercicio de cálculo actuarial y no una actualización de cotizaciones o mucho menos el cobro de unos intereses moratorios.

Es procedente citar en este punto que la misma Corte Constitucional en la sentencia T-122 de 2005, citada dentro del Auto 343 de 2006 le ordenó a Avianca realizar los aportes necesarios para financiar la pensión, los cuales se calculan bajo la metodología explicada de reserva actuarial, no sólo porque Decretos como 1282 y 1283 de 1994 así lo disponen, sino porque la Honorable Corte lo considera el mecanismo adecuado para calcular el capital necesario para el pago de estas pensiones.

Respecto al cálculo actuarial el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A", Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación No: 25000-23-25-000-2012-00190-01 (0628-2013), expresó:

"En el caso bajo estudio, el a quo consideró que a la actora le asiste el derecho a la reliquidación pensional, ***pero ordenando descontar los correspondientes aportes al sistema de seguridad pensional, si no se hubiera hecho."***

*"No discute la Sala que la doctrina de esta Corporación, señala que "****procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores***

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal". *Lo anterior, en tanto la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional. No obstante, es necesario hacer la siguiente precisión, con base en anteriores pronunciamientos que en este sentido ha realizado ésta Subsección:"*

"El Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

"Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral de la actora desde el momento de su causación, ***para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión de la accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y a la actora (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo)****, de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática."*

"Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que a la demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado."

"Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas de la demandante, dada la cuantía de su pensión*; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de ella dependan económicamente."*

"En su parte resolutiva la misma sentencia expresa:" "(...)"

"ADICIÓNESE la sentencia indicada en el inciso anterior, en el sentido de señalar que la orden de reliquidación proferida por el a quo, ***estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la***

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

321

Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables, *de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia."*

Revisados los anteriores mecanismos, conforme a lo desarrollado en las sentencias y línea jurisprudencial de las altas corporaciones judiciales (Consejo de Estado y Corte Constitucional) la metodología actuarial es la que garantiza la sostenibilidad financiera del sistema pensional, y que resulta ser el mecanismo adecuado para calcular el capital necesario para el pago de estas pensiones.

Es preciso analizar lo concerniente a CUMPLIMIENTO DE FALLOS JUDICIALES.

Sobre el cumplimiento de los fallos judiciales, tal y como lo ha determinado la Corte Constitucional en sentencia T-670 del 13 de noviembre 1998, se debe tener presente:

"Todos los funcionarios estatales, desde el más encumbrado hasta el más humilde, y todas las personas, públicas y privadas, tienen el deber de acatar los fallos judiciales, sin entrar a evaluar si ellos son convenientes u oportunos. Basta saber que han sido proferidos por el juez competente para que a ellos se deba respeto y para que quienes se encuentran vinculados por sus resoluciones contraigan la obligación perentoria e inexcusable de cumplirlos, máxime si están relacionados con el imperio de las garantías constitucionales.

De allí se desprende necesariamente que si la causa actual de la vulneración de un derecho está representada por la resistencia de un funcionario público o de un particular a ejecutar lo dispuesto por un juez de la República, nos encontramos ante una omisión de las que contempla el artículo 86 de la Carta, como objeto de acción encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional conculcado. Al fin y al cabo, se trata de acudir a una instancia dotada del suficiente poder como para lograr que de manera cierta e indudable tengan vigencia en el caso concreto las prescripciones abstractas de la Constitución."

Es de señalar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección "A" del 10 de Agosto de 2017, en el cual se ordenó a título de restablecimiento del derecho reliquidar la pensión mensual vitalicia de vejez del señor Héctor Armando Alvarado Zarabanda, Identificado con la C. C. No. 19.187,512, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio mensual obtenido desde el 1 de septiembre de 2012 hasta el 30 de agosto de 2013, con la inclusión del 100% del sueldo; alimentación y transporte, y las doceavas partes de la bonificación servicios y las primas de navidad, servicios y vacaciones, a partir del 1 de septiembre de 2013. La condena se extiende a los reajustes anuales de ley, teniendo en cuenta la nueva cuantía, y a la indexación de los valores restantes. La entidad demandada podrá efectuar los descuentos por aportes a que haya lugar sobre los factores salariales cuya inclusión se ordena para efectos de conformar el ingreso base de liquidación.

Por lo anterior, al analizar el proveído proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA y que forma parte contúndete y sustancial dentro del presente proceso, se logra evidenciar que el mismo manifestó lo siguiente:

" La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL EICE ENLIQUIDACIÓN hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL YCONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP descontará el valor de los aportes que ordene la ley, que el interesado no hubiese cubierto, respecto de los factores que se ordenan incluir."

Bajo este contexto se debe señalar que de acuerdo con la concepción del Estado social de derecho y especialmente del principio de legalidad, criterios definitorios del estado colombiano al tenor de lo establecido en la Constitución Política, no le es dable a esta Entidad apartarse o realizar interpretaciones respecto de las órdenes impartidas por los diferentes órganos jurisdiccionales, toda vez que las autoridades públicas están sometidas al imperio de la ley, ello significa que así, como se deben acatar de manera estricta las normas de orden legal lo mismo debe hacerse con las ordenes de los jueces de la república, pues ellas en todos los casos se presume que están ajustadas a derecho y son de obligatorio cumplimiento.

De lo anterior se evidencia que no es viable acceder al no cobro al demandante, por un monto de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS pesos ($ 18,839,336.00 m/cte), por concepto de aportes patronal para pensión de factores de salario no efectuados y que fueron incluidos en el fallo judicial que ordenó la reliquidación pensional; por tanto al ser estos descuentos taxativamente ordenados por el fallo judicial objeto de cumplimiento no es procedente que la entidad desconozca ninguna orden judicial que haga tránsito a cosa juzgada.

Por ende, del estudio realizado sobre los documentos obrantes en el cuaderno administrativo del pensionado se evidencia que el señor HECTOR ARMANDO ALVARADO no se encuentra amparado por ningún régimen especial, que la mesada pensional reconocida se efectuó en aplicación al fallo judicial proferido, que aunado a lo anterior, no realizó los aportes para pensión sobre factores salariales diferentes a los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Del estudio del caso bajo autos, se constató que la sentencia proferida por TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA en su fallo, que **no sustrajo al demandante de la obligación de aportar los valores de ley**, como quiera que las deducciones por aporte a factores salariales no cotizados fueron producto de la liquidación sobre los nuevos factores cuya inclusión se ordenó, es decir, sobre la diferencia de la mesada pensional se liquidaron los mismos, pues sobre dicho valor no se había realizado aportes o cotizaciones, lo anterior conforme a lo ampliamente señalado por la jurisdicción contenciosa, en ese sentido, y con el fin de evitar un detrimento al patrimonio público.

Finalmente es de reiterar que los recursos del Estado son limitados y no es posible que este soporte el reconocimiento del valor correspondiente a factores sobre los cuales no se hicieron descuentos para pensión máxime cuando el derecho pensional se establece por aportes.

Por lo que se reitera a la parte actora y al despacho conocedor del presente asunto, que los descuentos ordenados, sí se ajustan a los parámetros doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con el tema, pues en reiteradas oportunidades se ha puesto de presente que al momento de hacer el reconocimiento prestacional, la administración tiene la facultad de efectuar descuentos por concepto de aportes respecto de los factores de salario sobre los cuales no se hicieron cotizaciones pero que sí fueron tenidos en cuenta para determinar el IBL.

Lo anterior en concordancia con lo señalado en Sentencia emanada del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente Tarcisio Cáceres Toro, el día 04 de Mayo de 2006 dentro de

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

la Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04953-01(2052-04) donde se expresó *"...significa que aun cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás si no se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión del determinado factor, sino a que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes"*

Por lo expuesto, se puede concluir que el cálculo de aportes, no solo debe efectuarse porque así lo ordenaron los fallos judiciales objeto de cumplimiento, sino por disposición constitucional de acuerdo al Acto Legislativo 01 de 2005, que prohíbe reliquidar pensiones con factores a los que no se les realizó los correspondientes descuentos para aportes, y como se observa la liquidación se efectuó de manera correcta, se considera que no hay motivos para acceder a las pretensiones de la demanda.

El demandante argumenta que la acción de recobro esta prescrita y que los aportes no son imprescriptibles, frente a lo cual es importante señalar que:

NO PRESCRIBEN: los aportes adeudados en pensión por ser recursos de carácter parafiscal no prescriben. Esto se sustenta en un concepto de la UGPP en Concepto 1120.12. Señala la imprescriptibilidad del cobro de aportes así: *"Las administradoras del Sistema de la Protección Social, entre ellas las del Sistema General en Salud, están obligadas a cobrar a los aportantes morosos (empleadores o trabajadores independientes) los aportes adeudados. En cuanto al tiempo para adelantar estas acciones de cobro, NO existe disposición de orden legal que señale expresamente el término dentro del cual las administradoras puedan realizar el cobro. (...)*

Así mismo, el Director Jurídico del Ministerio de Salud y la Protección Social mediante concepto No. 28912 del 30 de diciembre de 2011 remitido a la Contraloría General de la República, como autoridad competente, expresó sobre el término de prescripción del cobro de los aportes a seguridad Social lo siguiente: "En relación con el término de prescripción de aportes a la seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales), la Oficina Jurídica del Ministerio de la Protección Social, en concepto dirigido a la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Publico señalo: "(...) que la oportunidad para hacer exigible el pago de aportes parafiscales indiscutiblemente debe encontrarse circunscrita a un término prescriptivo, el cual, según la Sentencia de julio 30 de 2004 del Consejo de Estado, cuyo aparte se trascribió líneas atrás, es el contemplado en el Estatuto Tributario Nacional, vale decir, cinco años". Conforme a los lineamientos planteados por la jurisprudencia, así como lo expresado por el Ministerio de Salud y la Protección Social, el término de prescripción de la acción de cobro de los aportes al Sistema de Seguridad Social, en este caso los del subsistema de salud, sería el consagrado en el artículo 817 del Estatuto Tributario, el cual corresponde a cinco (5) años contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles, en razón a la ausencia de disposición legal expresa que regule el término de prescripción de la acción de cobro de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y a que indiscutiblemente las obligaciones deben encontrarse circunscritas a un término prescriptivo, advirtiendo que dicho término es susceptible de interrupción y el término empezará a correr de nuevo".

Sobre este aspecto, la Superintendencia Financiera, a través del Oficio 2005048381-001 del 1° de febrero de 2006 señaló: *"(...) en la medida en que estas acciones involucran el recaudo de sumas que por ley están destinadas al reconocimiento de prestaciones de carácter vitalicio, cuyo derecho es imprescriptible e irrenunciable*

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

para sus beneficiarios, este Despacho considera que no es viable aplicar el fenómeno extintivo de la prescripción a la acción de cobro de los aportes, más cuando sus actores no pueden sustraerse de su reconocimiento y pago".

La anterior postura coincide con el pronunciamiento emitido por el Tribunal Superior de Cali-Sala Laboral- del 9 de diciembre de 2005, M.P. Dra. Malely Chávez Mejía, en el cual señaló:

"El artículo 270 de la ley 100 de 1993, señala "Los créditos exigibles por conceptos de las cotizaciones y los intereses a que hubiere lugar, tanto en el sistema General de Pensiones como en el Sistema de Seguridad Social en Salud, pertenecen a la primera clase de qué trata el artículo 2495 del C. C. y tiene el mismo privilegio que los créditos por conceptos de salario, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales". Es decir que tal como lo dispone el artículo 2495 del C.C. este crédito hace parte de los de primera clase.

En conclusión, de acuerdo con el anterior señalamiento, si el derecho pensional no prescribe, tampoco podría prescribir la acción de cobro de dichos aportes.

Frente a lo anterior, se debe señalar que no existe prescripción de la acción de cobro de aportes pensionales en tanto el derecho pensional y las prestaciones que se derivan de él no tiene prescripción alguna, fundamentado en la Corte Constitucional mediante Sentencia C-230 de 19981 reiterada por las Sentencias C-198 de 1999, C-624 de 2003 concordantes con las Sentencias de Tutela 410 de 2014 y 774 de 2015 ha ratificado la imprescriptibilidad del derecho pensional y por lo tanto la obligación de cotizar, por lo que al constituirse en un precedente constitucional es de obligatorio cumplimiento.

Adicionalmente, se tiene que el fallo se encuentra ejecutoriado y que mediante resolución No RDP 042361 de noviembre 10 de 2017, la UGPP reliquidó la pensión de vejez solicitada por el señor HECTOR ARMANDO ALVARADO, en cumplimiento al fallo proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.

En razón a lo expuesto y teniendo en cuenta que las resoluciones No. RDP 042361 de noviembre 10 de 2017 y la resolución RDP 005159 de febrero 12 de 2018, expedidas por la UGPP y por las cuales se imponen el pago de una suma de dinero a cargo del demandante, se encuentran debidamente notificadas y ejecutoriadas, no habrá lugar por parte de esta entidad a emitir nuevamente pronunciamiento al respecto pues se aportaron los mismo elementos probatorios que para emitir la resoluciones mencionadas se allegaron, y por ende las resoluciones atacadas de nulidad no son jurídicamente cambiables, en razón al principio de cosa juzgada y cumplimiento íntegro de fallo judicial.

EXCEPCIONES PREVIAS

PRIMERA: CADUCIDAD

La caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual: *"(...) el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden*

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

134

público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia."[17]

En relación con el requisito del término de caducidad, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, establece lo siguiente:

> *"Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".*

El artículo 164 de ibídem, establece la oportunidad para demandar de la siguiente manera:

> *"Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*
> *(...) d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; (...).".*

De la normativa en cita se puede concluir que para instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el actor debe presentar la demanda dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses siguientes a la expedición del acto administrativo, contados a partir del día siguiente al de su comunicación, notificación, ejecución o publicación.

El accionante solicita la nulidad del acto administrativo contenido en las resoluciones RDPQQ423A1 de Noviembre 10 de 2017 y la resolución RDP 005159 de febrero 12 de 2018, expedidas la UGPP y por las cuales se imponen el pago de unas sumas de dinero ordenada en el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección "A" del 10 de Agosto de 2017 .

Se tiene que la última resolución es decir la RDP 005159 de febrero 12 de 2018, fue notificada a la doctora SUSANA ELENA RUBIO AMAYA identificada con cedula de ciudadana No 51.662.786 expedida en BOGOTA D.C, en calidad de apoderada sustituta de la Resolución No RDP005159 del 12 de febrero de 2018, por la cual se modifica la resolución No. RDP 042361 del 10 de noviembre de 2017 del

[17] Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

demandante el señor HECTOR ARMANDO ALVARADO ZARABANDA, el día 22 de febrero de 2018 por lo que no tiene prosperidad la demanda instaurada partiendo de los términos de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho señalados en la Ley 1439 de 2011; por lo que no le queda otro camino al despacho de conocimiento, que declarar probada esta excepción, por haber operado la caducidad del medio de control.

De esta forma no hay lugar a demandar las resoluciones RDP 005159 de febrero 12 de 2018 y la RDP 042361 del 10 de noviembre de 2017, expedidas la UGPP, actos frente los cuales el medio de control había caducado.

SEGUNDA: COSA JUZGADA

La cosa juzgada como instrumento procesal, permite dotar a las decisiones que emanen del aparato jurisdiccional de un carácter inmodificable, incontrovertible e intangible, para con ello, garantizar la seguridad jurídica de las relaciones sociales y la debida estructuración del ordenamiento jurídico, evitando que dentro del mismo se profieran decisiones contradictorias sobre un mismo asunto.

De este modo la figura procesal de la cosa juzgada, tal y como se dejó sentado, constituye presupuesto indispensable para que dentro de un Estado Social de Derecho, en el cual prevalece el derecho sustancial y el respeto por las garantías procesales mínimas, se consolide como valor preponderante, la seguridad jurídica.

Por lo anterior y como quiera que ya hubo pronunciamiento judicial donde se ordenó reliquidar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último semestre de servicios a favor del señor HECTOR ARMANDO ALVARADO; fallos en los cuales se ordenó taxativamente y se autorizó a la UGPP a que se hicieran los descuentos sobre los aportes que se ordenan incluir en razón a la reliquidación ordenada por dichos fallos; la Unidad procedió al cobro de dicho descuento en cumplimiento a la ya mencionada orden judicial se ratifica la existencia de cosa juzgada; no siendo procedente que la entidad desconozca ninguna orden judicial que haga tránsito a cosa juzgada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección "A" mediante fallo proferido el del 10 de Agosto de 2017, señalo:

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensiona/ y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, reliquidar la pensión mensual vitalicia de vejez del señor Héctor Armando Alvarado Zarabanda, Identificado con la C. C. No. 19.187,512, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio mensual obtenido desde el 1 de septiembre de 2012 hasta el 30 de agosto de 2013, con la inclusión del 100% del sueldo; alimentación y transporte, y las doceavas partes de la bonificación servicios y las primas de navidad, servicios y vacaciones, a partir del 1 de septiembre de 2013. La condena se extiende a los reajustes anuales de ley, teniendo en cuenta la nueva cuantía, y a la indexación de los valores resultantes. La entidad demandada podrá efectuar los descuentos por aportes a que haya lugar sobre los factores salariales cuya inclusión se ordena para efectos de conformar el ingreso base de liquidación. Todo ello de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la providencia

Aunado a lo anterior, se tiene que los actos administrativos, que ordenaron el recobro de aportes sobre los factores salariales que no habían sido incluidos

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

135

guardan relación con el Artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, Artículo 1 de la Ley 33 de 1985, Artículo 18 de la Ley 100 de 1993, Artículo 3 del Decreto 510 de 2003, Artículo 48 Constitucional, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005; y a lo ampliamente señalado por del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación No: 25000-23-25-000-2012-00190-01 (0628-2013), en ese sentido, y con el fin de evitar un detrimento al patrimonio público y para efectos de propender por la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

TERCERA: INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.

Es de anotar que los actos administrativos demandadas No. RDP 005159 de febrero 12 de 2018 y la RDP 042361 del 10 de noviembre de 2017 se encuentran por fuera del control jurisdiccional ya que se encuentran bajo el concepto de actos administrativos de cumplimiento de una orden judicial y de esta forma es más que viable analizada la sentencia proferida por la jurisdicción que el recobro de aportes patronales no efectuados por la entidad demandante se encuentra habilitada por la ley y por la orden judicial impartida y debidamente ejecutoriada.

EXCEPCIÓN DE FONDO

PRIMERA: AUSENCIA DE VICIOS EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

Los actos administrativos demandados constantes en las resoluciones RDP 005159 de febrero 12 de 2018 y la RDP 042361 del 10 de noviembre de 2017, expedidas la UGPP y por las cuales se imponen el pago de una suma de dinero a cargo del demandante, conservan incólume su presunción de validez y surten plenamente sus efectos en el mundo jurídico, puesto que esta no ha sido desvirtuada por el demandante. Lo anterior en vista que los mismos no contiene vicio alguno que conlleven a su anulación, ya que fueron expedidos observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria, tanto los motivos en los que se fundan como la motivación que en este se leen, son consistentes y congruentes con las normas superiores en las que se fundan y por lo tanto los vicios que se le imputan carecen de fundamento de acuerdo a los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDA: IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

Mi poderdante en todas y cada una de sus actuaciones legales, actúa bajo el principio de buena fe, y en este asunto, en cumplimiento de dicho precepto legal acata en su integridad la normatividad vigente para efectos de reconocimiento y liquidación de derechos pensionales.

La condena en costas y agencias en derecho: las mismas no son viables por cuanto El Consejo de Estado[18], ha manifestado al respecto lo siguiente:

> *En efecto, dicha ponderación debe conducir a que se verifique si han procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas de interponer recurso o de promover incidentes en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal.*

[18] Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 48809, 13 de junio de 2016.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

Ahora bien, *respecto a la condena en costas impuesta por el Tribunal a la entidad demandada se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Sentencia de 19 de enero del 2015, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, No. interno: 4583-2013 del M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, en la que se señaló sobre la naturaleza de la condena en costas a luz del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso*[19], *que dicho precepto contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial cuando profiera sentencia que decida el mérito de las pretensiones en una causa sometida a su conocimiento, que es el de "dispondrá" el cual, acorde con el diccionario de la real academia de la lengua española es sinónimo de "decir", "determinar", "mandar", "proveer", por lo que, sin mayor esfuerzo puede colegirse que lo prescrito por el legislador en la norma en cita no es otra cosa que la facultad del juez para pronunciarse sobre la condena en costas.*

Se deja en claro igualmente que tal disposición no impuso al funcionario judicial la obligación de "condenar" en costas, sino la de "disponer" sobre las costas, esto es, la de pronunciarse sobre la procedencia o no de imponerlas.

Bajo esta preceptiva se precisó que si bien en el texto actual que regula la actuación judicial en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) ya no obra la previsión de antaño contenida en el artículo 171 del decreto 1 de 1984, referida a la potestad de imponer condena en costas "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...", también lo es que el nuevo articulado no impone una camisa de fuerza "automática" frente al vencido en el litigio, por lo que, comprendiendo que tal condena es el resultado de una serie de factores tales como, por ejemplo, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, será el respectivo director del proceso quien, ponderando tales circunstancias, se pronuncie con la debida sustentación sobre su procedencia.

Así mismo, se concluyó que esta interpretación resulta consonante con lo previsto por el artículo 392 del Código General del Proceso, que dispone que la condena en costas se impondrá en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "... en que haya controversia..." y que "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

TERCERA: GENÉRICA O INNOMINADA.

De manera respetuosa se presenta esta excepción con el fin de que se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de la entidad demandada, en ese sentido se declaren las demás excepciones que resulten dentro del procesos.

MEDIOS DE PRUEBAS

1. **APORTADAS POR LA ENTIDAD.**

[19]Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

Solicito al señor juez tenga como medios de prueba los aportados en el expediente Administrativo para el caso en mención. **1CD.**

ANEXOS

Poder debidamente otorgado por la entidad al señor JOSÉ FERNANDO TORRES y la respectiva sustitución a ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES.

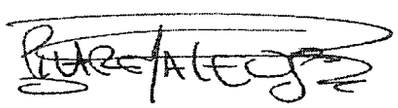
Escritura Publica No. 3054 del 22 de octubre de 2013, de la Notaria 25 de Bogotá.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones se pueden surtir en:

- El suscrito en la Cra. 11 # 73- 44 Oficina 408 – Bogotá D.C.
- Tel. 3045304501
- **Solicito muy amablemente al despacho, que en caso de cualquier notificación vía correo electrónico, aparte de la respectiva comunicación a la entidad que represento, también se me notifique a mi correo: yrivera.tcabogados@gmail.com**

Del Señor Juez,



ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES
C.C. 37.627.008 de Puente Nacional
T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura

HONORABLE MAGISTRADO:
DR. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA
E. S. D.

Ref.: Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del **HECTOR ARMANDO ALVARADO ZARABANDA** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.**

Rad.: 25000234200020180256200

ASUNTO: SUSTITUCION DE PODER

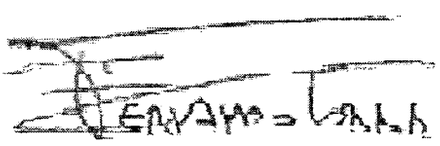
JOSÉ FERNANDO TORRES P., mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.889.216 de Bogotá, abogado titulado e inscrito portador de la tarjeta profesional No. 122.816 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de **APODERADO GENERAL** de la entidad demandada, conforme consta en la Escritura Pública No. 03054 elevada el 22 de octubre de 2013 ante la Notaría Veinticinco (25) del Circulo de Bogotá, cuya copia anexo, por medio del presente documento, con el debido y acostumbrado respeto, me permito solicitar se sirva reconocer personería al suscrito en los términos del poder general y, con tal reconocimiento **SUSTITUYO** el poder a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, también mayor y vecina de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y portadora de la tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura.

La apoderada sustituta queda investida con las mismas facultades otorgadas al suscrito, incluyendo la de conciliar judicial o extrajudicialmente.

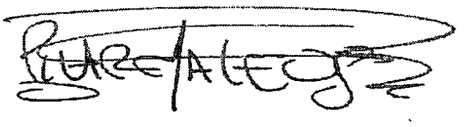
Ruego a su Señoría se sirva reconocer personería al suscrito y a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES** en los términos y para los efectos a que se contrae este escrito.

Se confiere esta sustitución de poder conforme al artículo 74 Código General del Proceso que establece lo referente a las sustituciones de poder las mismas se presumen auténticas.

Respetuosamente, Acepto,



JOSÉ FERNANDO TORRES P.
C.C. 79.889.216 de Bogotá
T.P. 122.816 del C.S. de la J.



ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES
C.C. 37.627.008 de Puente Nacional
T.P. 221.228 del C.S. de la J.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 0136

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

21

Honrable Magistrado
DR. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B
E. S. D.

PROCESO	:	**25000-23-42-000-2019-00136-00**
ACCIÓN	:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE	:	**JHON HAROLD RIOS MARIN**
DEMANDADO	:	**CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**
ASUNTO	:	**CONTESTACIÒN DE LA DEMANDA (Art 175 C.P.A.C.A.)**
TEMA	:	**RECONOCIMIENTO DE ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO NIVEL EJECUTIVO DE INCORPORACIÒN DIRECTA, RETIRADO POR DESTITUCIÒN CON 15 AÑOS DE SERVICIO.**

CARLOS ADOLFO BENAVIDES BLANCO, mayor de edad, domiciliado y residenciado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía Nº **1.016.036.150** de Bogotá D.C., portador de la tarjeta profesional Nº **267.927** del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial especial de la entidad **ACCIONADA: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL,** (en adelante **CASUR), -** con Domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., en la Cra 7ª Nº 12 B – 58, según poder legalmente otorgado por la **Dra. CLAUDIA CECILIA CHAUTA RODRIGUEZ,** identificada con la cédula de ciudadanía Nº **51.768.440** de Bogotá D.C., en su condición de Representante judicial y extrajudicial como jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CASUR, según consta en la Resolución Nº 004961 del 8 de noviembre de 2007 y la Nº 8187 del 27 de octubre de 2016 emitida por el Representante Legal **BG (RA) JORGE ALIRIO BARÒN LEGUIZAMÒN** en su condición de Director General; haciendo uso de la facultades legales conferidas al suscrito y encontrándome dentro del término legal establecido en los artículos 172, 175 y 199 del C.P.A.C.A., y de conformidad con el proveído dictado por este Despacho Judicial el **02 de septiembre de 2019**, notificado a la parte demandada mediante correo electrónico fechado el **12 de febrero de 2020**, remitido por la secretaria del despacho judicial, por virtud del presente instrumento, y en ejercicio del Derecho de Contradicción y Defensa propios del principio del Debido Proceso de qué trata el Articulo 29 Superior, encontrándome dentro del término legal, me permito presentar **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y PROPOSICIÓN DE EXCEPCIONES DE MÉRITO**, de acuerdo con el **articulo 175** y demás normas concordantes y suplementarias del **C.P.A.C.A.,** todo en armonía y de conformidad con los medios de prueba, expediente administrativo y demás información recopilada y que se encuentra en poder de **CASUR,** de la siguiente forma:

1. **NOMBRE DEL DEMANDADO, SU DOMICILIO Y EL DE SU REPRESENTANTE O APODERADO** *(Núm. 1 Art. 175 C.P.A.C.A.)*

La Entidad demandada es la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL,** (en adelante **CASUR**), y el suscrito apoderado **HAROLD ANDRES RIOS TORRES** tienen su domicilio principal para efectos de notificaciones judiciales, en la ciudad de Bogotá, D.C., en la carrera 7a. No. 12B-58 piso 10, teléfono 2860911; igualmente el Representante Legal **BG (RA) JORGE ALIRIO BARÒN LEGUIZAMÒN** en su condición de Director General.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, es un establecimiento público, Entidad descentralizada del orden Nacional; adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, creado mediante Decreto 0417 de 1955, adicionado y reformado por los Decretos 3075 de 1955, 782 de 1956, 234 de 1971, 2003 de 1984 y 823 de 1995, conforme con los Decretos 1050 de 1968, 3130 de 1968 y la ley 489 de 1998, por lo cual goza de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, representada legalmente por el Director General, según el Decreto 2293 del 08 de noviembre de 2012, señor Brigadier General (r) JORGE ALIRIO BARON LEGUIZAMON.BARON LEGUIZAMON, según el decreto 2293 del 08 de Noviembre de 2012.

2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES Y LOS HECHOS DE LA DEMANDA *(Núm. 2 Art. 175 C.P.A.C.A.)*

FRENTE A LAS PRETENSIONES:

Desde esta primigenia oportunidad procesal, es preciso manifestar al Despacho que la entidad Accionada se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, tanto la declarativas, como las condenatorias, toda vez que considera ajustado a Derecho el oficio atacado. Esto por cuanto el oficio demandado No. **5102 GAC SDP DEL 20-04-2015 ALLEGADO MEDIANTE OFICIO No. E-00003-2018-20960-CASUR ID:366060 DE FECHA 09 DE OCTUBRE DE 2018,** se fundamentó en las normas en que deben en el momento debían fundarse, el hecho de que existiera una nulidad sobreviniente posterior, es un hecho exógeno que la caja no podía prever, de tal manera que no es un hecho imputable a esta. Además, dicho oficio se fundamentó de acuerdo con las pruebas recolectadas y en el marco de la constitución y la ley, y sobre el cual no se puede desvirtuar, ni hay medio de prueba pertinente para hacerlo, la legalidad, cuya presunción debe prevalecer como se demostrará en juicio.

EN TODO CASO LA TESIS QUE SE MANTIENE, ES QUE EN EL EVENTO EN EL QUE SE APLIQUE EL ARTICULO 144 DEL DECRETO 1212 DE 1990 PARA RESOLVER LA TESIS DEL DEMANDANTE, (QUE ES UN REGIMEN AL QUE NUNCA PERTENECIO POR SER SIEMPRE DEL NIVEL EJECUTIVO,) TAMPOCO TENDRIA DERECHO PORQUE POR LA CAUSAL DE DESTITUCION, ES DECIR RETIRO, DEBE CUMPLIR 20 AÑOS, QUE TAMPOCO CUMPLE.

Esta oposición es seria y debidamente fundada, pues una vez revisado el oficio atacado, así como las condiciones particulares de la parte demandante contenidas en el expediente administrativo, hoja de servicio y peticiones incoadas a la entidad así como sus respuestas, se observa el estricto apego a las normas en que deberían fundarse estos actos.

Se dilucida claramente en el caso en concreto, que la prima de actividad liquidada al demandante se ajusta a la ley aplicable al actor.

23

De tal manera que la demanda se configura en una evidente INEXISTENCIA DEL DERECHO, conforme lo expondré en el cuerpo de este escrito.

Igualmente me OPONGO a la condena en costas, por las razones que expondré a lo largo de esta contestación, teniendo en cuenta que al momento no se han realizado maniobras dilatorias o fraudulentas por parte de la entidad demandada, y todo ha estado cobijado bajo los principios de la Buena fe, confianza legítima y debido proceso, y que a la luz de la Jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción contenciosa Administrativa, no hay lugar a su causación, ya que esto va en detrimento y menoscabo de los recursos públicos de la Nación.

FRENTE A LOS HECHOS

Respecto a los "Hechos", manifestada en la demanda me permito indicar:

Al Hecho Nº 1. AL 3: SON PARCIALMENTE CIERTOS.

El demandante ingresó a la policía nacional AL NIVEL EJECUTIVO, SIEMPRE PERTENECIENDO A ESTE REGIMEN, Y RETIRANDOSE CON EL GRADO DE PATRULLERO DE DICHO REGIMEN DEL NVEL EJECUTIVO Y NO COMO LO INDICA LA DEMANDA. ESTO SE DEMUESTRA CON LA HOJA DE SERVICIOS QUE ES UN ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL Y SOBRE EL QUE PESA PRESUNCION DE LEGALIDAD AL NO ESTAR DESVIRTUADO POR LA JURISDICCION. Le corresponde al demandante probar los supuestos de hecho que alega.

Al Hecho Nº 4 AL 5.: Los demás Hechos. NO HAY HECHO. No Es Un Hecho Y Por Ende No Se Acepta, es argumentación jurídica del togado demandante. **NO SON CIERTOS Y NO SE ACEPTAN POR LA ACCIONADA YA QUE NO SON HECHOS SINO APRECIACIONES SUBJETIVAS Y OPINIONES DEL ABOGADO COMO ARGUMENTO JURIDICO DE LA DEMANDA PERO NO HECHOS OBJETIVOS. EN TODO CASO, NO LE CONSTAN A MI REPRESENTADA, DEBERÀ PROBARLO EL DEMANDANTE,** por ser un hecho ajeno a la actuación de mi representada, deberá demostrarlo el demandante. De tal manera que estas afirmaciones y opiniones contenidas en estos hechos, **DEBEN SER DEMOSTRADOS SUFICIENTEMENTE POR QUIEN LOS ALEGA**, de acuerdo con la Jurisprudencia:

> *«Al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinado a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan.*

3. LAS EXCEPCIONES *(Núm. 2 Art. 175 C.P.A.C.A.)Y*
4. FUNDAMENTACIÒN FÀCTICA Y JURÌDICA DE LA DEFENSA *(Núm. 6 Art. 175 C.P.A.C.A.)*

3.1. EXCEPCIÒN DE MÈRITO DENOMINADA "APLICACIÒN DEL RÈGIMEN DEL NIVEL EJECUTIVO EN SU INTEGRIDAD"

El demandante pretende el reconocimiento y pago de la ASIGNACIÒN MENSUAL DE RETIRO, con fundamento en el Decreto 1212 de 1990, que es la norma que regula el sistema del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía, y pide inaplicar el Sistema del Nivel Ejecutivo al cual ingresó directamente el demandante, como quedará demostrado en el juicio, y es la norma vigente aplicable al presente asunto.

Resulta claro que el demandante ingresó a la Policía Nacional al régimen conocido de Nivel Ejecutivo Por Incorporación Directa, es decir que el NO se encontraba en servicio activo cuando ingresó a dicho nivel por ende NO ES HOMOLOGADO.

De este hecho derivan las premisas para aclarar que el demandante nunca tuvo ni tenia porqué tener una expectativa diferente prestacional, a la del Nivel Ejecutivo, claramente existente, valida y aplicable a este.

De ello deviene necesariamente que no tenía aspiración el demandante de acceder aq una asignación mensual de retiro diferente, de la del nivel ejecutivo.

Si bien es cierto el Consejo de Estado declaró la Nulidad del artículo 2 del decreto 1858 de 2012, no es menos cierto que NO DECLARÒ LA NULIDAD DE TODO EL DECRETO REFERIDO NI DEL NIVEL EJECUTIVO EN GENERAL, el cual existe, está vigente y contiene disposiciones validas tomadas por el legislador y el ejecutivo en su potestad constitucional de configuración normativa en materia del régimen de la fuerza pública.

Aclarado lo anterior, y dejando en claro que el decreto 1858 de 2012 es perfectamente válido y vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, debe aplicarse en su artículo 1 referente al tiempo de servicios y porcentajes, y el articulo 3 atinente a las partidas computables, como ya lo analizó y dijo el Consejo de Estado.

DECRETO 1858 DE 2012
(septiembre 06)
por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional
Subtipo: *DECRETO REGLAMENTARIO*
El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades constitucionales y legales contenidas en la Ley 923 de 2004 y

CONSIDERANDO:

(...)Que es necesario fijar el régimen de pensión, asignación de retiro y el porcentaje mínimo que constituirá la base de liquidación para el personal uniformado que siendo Suboficiales y Agentes se homologaron al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 1º de enero de 2005, teniendo como punto inicial un 50% del monto del (I) Sueldo básico, (II) Prima de retorno a la experiencia, (III) Subsidio de alimentación, (IV) Duodécima parte de la prima de servicio, (V) Duodécima parte de la prima de vacaciones, (VI) Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, por los quince (15) primeros años y se irá incrementando porcentual y

gradualmente por cada año de servicio, sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

Que así mismo, se requiere fijar el régimen de pensión, asignación de retiro y el porcentaje mínimo que constituirá la base de liquidación para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresaron por incorporación directa a la institución antes del 1° de enero de 2005, teniendo como punto inicial un 75% del monto del (I) Sueldo básico, (II) Prima de retorno a la experiencia, (III) Subsidio de alimentación, (IV) Duodécima parte de la prima de servicio, (V) Duodécima parte de la prima de vacaciones, (VI) Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, por los veinte (20) primeros años y se irá incrementando porcentual y gradualmente por cada año de servicio, sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

DECRETA:

Artículo 1°.*Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo. Fíjase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 1° de enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a solicitud propia o* ***sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos*** *después de los veinte (****20) años de servicio, a*** *partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3° del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.*

(...)

Artículo 3°.*Fíjanse como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1° de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:*

1. Sueldo básico.

2. Prima de retorno a la experiencia.

3. Subsidio de alimentación.

4. Duodécima parte de la prima de servicio.

5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.

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

Parágrafo. *Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.*

(...)

Lo anterior pese a que un reciente pronunciamiento del Consejo de estado declaró la nulidad del **artículo 2 del decreto 1858 de 2012, pero que dejó incólume las demás disposiciones propias y especiales del nivel ejecutivo y que por conexidad o correspondencia priman inclusive sobre el decreto 1213 de 1990 porque establece un régimen totalmente diferente al que el demandante nunca perteneció y que no tiene ninguna razón jurídica valida para aplicar preferentemente de la otra norma, esto es el articulo 1 y 3 del mentado decreto.**

De tal manera que ha de revocarse la sentencia objeto de alzada por la siguiente razón: El Decreto 1858 de 2012 es perfectamente aplicable al caso del demandante porque establece el régimen para el personal de incorporación directa (caso del demandante), con baje en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en especial:

Establecía la norma:

> ***"Artículo 2º. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa****. Fíjase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía o por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les 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 3º del presente 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.".* (Subrayas fuera de texto).

Y que finalmente este órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa administrativo declaró la nulidad pero solo de ese artículo.

El artículo 1° del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional", en cumplimiento de los fallos del consejo de estado, mantuvo para el personal homologado al Nivel Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, el requisito de tiempo de servicio de 15 y 20 años para acceder a la asignación de retiro, requisito que era el que les exigían a dicho grupo de uniformados los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, en sus artículos 144 y 104, respectivamente como arriba se pudo demostrar.

Y en el artículo 2° se regula lo atinente a la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo que ingresó directamente hasta el 31 de diciembre de 2004, estableciendo para ellos el mismo requisito de tiempo de servicio que se ha consagrado en la normatividad que les ha sido aplicable desde que se creó esta carrera especial al interior de la Policía Nacional: Decretos Reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, es decir, 20 y 25 años de servicio, según la modalidad de retiro.

Ahora bien, el artículo 51 Decreto Reglamentario 1091 de 1995 fue anulado por el Consejo de Estado mediante fallo 4 de febrero de 20071, y que el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, también lo fue mediante sentencia de 12 de abril de 2012.

Sin embargo se hace la claridad, que dichas providencias anularon estos apartes normativos porque al reglamentar lo relacionado con el requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en ellos no se diferenció entre el personal incorporado directamente y el homologado, y le impusieron a ambos la misma exigencia de 20 y 25 años de servicio, cuando **a estos últimos no podía desmejorarlos en ese aspecto**.

En ese orden de ideas, la ratio decidendi, o la razón (fundamento) de dichos fallos, no resulta aplicable al caso concreto, pues, mientras las citadas providencias analizaron la legalidad de los apartes normativos reseñados de los Decretos Reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, a partir del estudio de la situación legal del personal de Suboficiales y Agentes homologados al Nivel Ejecutivo hasta

[1] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

el 31 de diciembre de 2004, el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, **regula lo atinente al régimen de asignación de retiro del personal incorporado directamente a dicha carrera policial hasta el 31 de diciembre de 2004, categorías de uniformados del Nivel Ejecutivo respecto de los cuales desde sus inicios se establecieron claras y precisas diferencias en materia de asignación de retiro**.

Pero además, si nos atenemos al criterio de interpretación hermenéutico según el cual las zonas grises del derecho se superan si se logra identificar la voluntad o intención del legislador2, el espíritu - alma de la ley, o en ultimas, la racionalidad de la norma3, podría sostenerse que la intención primigenia e inalterada4 del artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley Marco 923 de 2004, fue la de mantener, respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo incorporados directamente hasta el 31 de diciembre de 2004, la exigencia del requisito de tiempo de servicio de 20 y 25 años de servicio, para acceder a la asignación de retiro, requisitos que son los que desde un principio contempló el ordenamiento jurídico en el Decreto Reglamentario 1029 de 1994 para ser exigidos a esta categoría de uniformados que se incorporaron de manera directa, y que fueron conservados por las normatividades posteriores, es decir, por el Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el Decreto Ley 270 de 2003.

---

[2] El ordenamiento jurídico colombiano tradicionalmente ha tenido como criterio de interpretación normativa, el recurso de indagar por la *voluntad del legislador* o el *espíritu de la ley*, así por ejemplo, en el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, se señala que *"Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador"*. Al respecto se resalta, que la Corte Constitucional, en varias oportunidades ha reconocido la voluntad del legislador o espíritu de la norma, como criterio de interpretación y aplicación de la ley, así se expuso en las sentencias C-281 de 2004, C-551 de 2003, C-760 de 2001, C-093 de 2001, C-1011 de 2008, C-536 de 1997, C-511 de 1994, entre otras.

[3] Al respecto, CALVO, Manuel, LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: GENEALOGÍA DE UNA FICCIÓN HERMENEUTICA, Revista DOXA, 1986.

[4] El Consejo de Estado no ha sido ajeno a la aplicación de este criterio de interpretación normativa, así por ejemplo, en fallo de 2 de octubre de 2014, proferido en el expediente 11001-33-31-019-2007-00735-01-(AP)REV, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren, citando el texto de 2005 LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO (Ed. Palestra de Lima), de Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, se dijo: *"Para su determinación se puede apelar, entre otras cosas, a la **voluntad del órgano de producción normativa** expresada en los trabajos preparatorios y en las exposiciones de motivos, a los considerandos del texto normativo, e incluso a las disposiciones legales que expresan los respectivos objetivos. (...). La jurisprudencia constitucional ha señalado la trascendencia de este criterio en la interpretación constitucional, esto explica la frecuencia con la que se utiliza, tanto para definir el alcance de las disposiciones constitucionales, como el de las normas que son objeto de control."*. Este criterio de interpretación normativa también fue expuesto en los fallos de **21 de octubre de 2010**, expediente 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), M.P.: Alfonso Vargas Rincón; de **29 de junio de 2011**, expediente 25000-23-25-000-2007-01039-01(1751-09), M.P.: Gustavo Gómez Aranguren; y de 2 de marzo de 2001, expediente 11001-03-24-000-1999-5830-01(5830), M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otros.

Se pregunta ¿Qué sentido tendría entonces, consagrar una especial protección para el personal uniformado homologado al Nivel Ejecutivo, haciendo una clara diferenciación frente al personal uniformado incorporado directamente a dicha carrera, si a la postre, a unos y otros, según se argumenta en el auto suplicado, se les aplican las mismas reglas para acceder a la asignación de retiro5?

Ello lo que demuestra es que la intención, la voluntad, el espíritu de la Ley Marco 923 de 2004, su racionalidad misma6, consiste en que al personal uniformado homologado hasta el 31 de diciembre de 2004, se les aplican las normas del régimen propio de su antiguo escalafón de Agentes y Suboficiales, es decir, los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1990, **mientras que a los uniformados incorporados de manera directa hasta esa fecha, se les aplica las normas vigentes al momento de entrar a regir la ley en cita, esto es, 31 de diciembre de 2004, que era el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; aclarando que para ese entonces, ni el legislativo, ni el Gobierno podían anticipar que dicho aparte normativo, sería declarado nulo por el Consejo de Estado en 2007.**

En criterio del C.E., si bien el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 fue anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el año 2007, lo cierto es que la Ley Marco 923 de 2004, expedida por el legislador en ejercicio de su libertad o poder de configuración de las leyes, ya había integrado a su contenido normativo, de manera tácita, el requisito material de tiempo de servicio

---

[5] En efecto, en las leyes que facultaron al Gobierno para crear al interior de la Policía Nacional la carrera especial del Nivel Ejecutivo, se consagra dicha garantía para los Suboficiales y Oficiales homologados, así por ejemplo, el artículo 7º de la Ley 180 de 1995, señala que "la creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni mejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.".

[6] En el texto EL NUEVO GOBIERNO COSTITUCIONAL, editado por la Universidad del Rosario en 2003, los profesores Rodolfo Arango y Carlos Molina, citando al tratadista francés Paul Amsélek y su texto de 1995 *Interpretation et droit*, señalan que *"según la teoría moderna de la interpretación, la intervención judicial tiene por principal objetivo* ***el descubrimiento de la intención del legislador, esto es, el sentido que le imprime a la norma. El sentido que se busca es aquel que quiso darle el legislador a la ley en la época en que la adoptó****. (...). Nos preguntamos entonces en derecho constitucional colombiano ¿Quién posee el monopolio del sentido de la ley: el legislador, que hace la norma, o el juez constitucional, que la revisa? (...). Si al legislador le corresponde crear el sentido de la ley, correspondería al interprete, una vez identifique dicho sentido, tratar de recomendar su perfeccionamiento. (...). Por ello (...) el texto debe ser mirado en su contexto de elaboración, más no en el de su aplicación porque sobrepasa la misma competencia del interprete. (...). Aquí es donde reside el meollo del problema de la libertad que tiene el intérprete de los textos: saber quedarse en los límites de su competencia sin invadir la del autor del texto (...). Cualesquiera que sean los métodos o las técnicas utilizadas, el intérprete deberá siempre tener presente tres parámetros que coartan su libertad de interpretación: el principio de separación de poderes, el principio de la supremacía legislativa y el principio de la mesura o del autocontrol que guía todo trabajo de interpretación.".* (Negrillas fuera de texto).

de 20 y 25 años exigido en dicho decreto a los uniformados que ingresaron directamente al Nivel Ejecutivo, pues, en su artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, estableció que a quienes estuvieran activos al momento de entrar en vigencia dicha norma, se les exigiría el mismo tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro consagrado en las normas vigentes, y en ese momento, 31 de diciembre de 2004, ***para el personal incorporado directamente, la norma vigente era el Decreto Reglamentario 1091 de 1995, mientras que para el personal homologado el estatuto vigente lo constituían los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1990***.

En el presente caso el demandante NO ES HOMOLOGADO de un régimen anterior al NIVEL EJECUTIVO, el INGRESÒ AL NIVEL EJECUTIVO POR INCORPORACIÒN DIRECTA antes del 31 de diciembre de 2004, porque ingresó en el 1996, de tal manera que resulta IMPROCEDENTE aplicarle el decreto 1213 de 1990 porque èl NUNCA PERTENENCIÒ A ESE REGIMEN DUE ES SOLO DE SUB OFICIALES.

Si se declaró la NULIDAD DEL ARTICULO 2 DEL MENTADO DECRETO 1858 DE 2012, pues puede aplicársele perfectamente la norma vigente del nivel ejecutivo consagrada en el artículo 3ª con las partidas computables de que trata el mismo artículo 1º, pero es desbordado y alejado aplicarle un régimen al cual nunca perteneció el demandante

En todo caso, y en evento hipotético de que el demandado se aplique por favorabilidad u otro principio, el régimen de suboficiales contenido en el decreto 1212 de 1990, tampoco tendría derecho, porque a la luz de esa norma también se exigen 20 años de servicio para acceder a la asignación de retiro, por la causal de DESTITUCION O SEPARACION como se observa:

> *ARTÍCULO 144. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y* ***los que se retiren o sean separados*** *con más de* ***veinte (20) años de servicio,*** *tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.*

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 140, liquidadas en la forma prevista en este Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

Jamás se podría equiparar una mala conducta, con una destitución por fallo disciplinario, porque ello sería incentivar en los miembros de la institución la indisciplina, ya que precisamente el legislador con esta norma al castigar con más años de servicio a quien fuese retirado o separado, mediante fallo disciplinario por ejemplo, estableció una seria diferencia a los que simplemente tuviesen una mala conducta, pero la causal del demandante fue destitución mas no mala conducta, interpretarlo así, seria premiar una conducta que conllevó a retirarlo de manera **DEFINITIVA DE LA INSTITUCION.**

EXCEPCIÒN DE PRESCRIPCIÒN TRIENAL.

EXCEPCIÒN DE MERITO DENOMINADA: PRESCRIPCIÒN TRIENAL DE LAS MESADAS:

Como subsidiario de lo anterior, y en caso de no aceptar este argumento, ruego:

Debe Aplicar Prescripción Trienal De Las Mesadas En Caso De Accederse A Las Pretensiones, De Acuerdo Con El Decreto 4433 De 2004

ARTICULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.

PETICIÒN.

Formulo esta excepción de Fondo contra las pretensiones de la demanda, de acuerdo a lo establecido en el **artículo 175,** numeral tercero y **180**, numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en tal virtud solicito a su señoría:

PRIMERO: Mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada material y formal, Ruego declarar probada la presente excepción denominada "Inexistencia del Derecho" de acuerdo con la argumentación jurídica esgrimida en este instrumento procesal, y como consecuencia natural y lógica de su declaratoria, solicito denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Como consecuencia natural y lógica de la anterior declaratoria, solicito respetuosamente que, derivado de la actuación del demandante, de la evidente falta de razón de la demanda, de las pretensiones incoadas, del juramento estimatorio y estimación razonada de la cuantía, de haber puesto innecesariamente en funcionamiento el aparato jurisdiccional del estado mediante pretensiones claramente inconducentes, se condene en costas incluyendo agencias en derecho a la parte demandante y en favor de la accionada-

OPOSICIÒN A LA EVENTUAL CONDENA EN COSTAS A LA ACCIONADA

En lo atinente a las costas es preciso aclarar su señoría que CASUR ha actuado de Buena fe, basado en el principio de confianza legítima y debido proceso, respetando los derechos de las demandantes y no ha actuado con maniobras dilatorias o fraudulentas, razón suficiente para negar condena en costas tal como paso a solicitar:

Naturaleza Jurídica de las Costas:

Indica el artículo **188** del **C.P.A.C.A**, lo siguiente:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la secretaria dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"

Debido esa remisión expresa establecida en la norma, debemos acudir al Código General del Proceso, el cual derogó el Código de Procedimiento Civil, el cual en su artículo 365 señala:

> *(...) **Artículo 365. Condena en costas.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
> *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
> *Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*
> *2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

No obstante, lo anterior, se debe dejar en claro que las costas no obedecen a una interpretación subjetiva del juez, pues deben estar debidamente soportadas y discriminadas, porque el concepto de costas está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación y comprende los denominados gastos o expensas del proceso.

Así mismo, el concepto de costas incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados por el Código General del Proceso (CGP).

A raíz de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A del C.E. sostenía que el artículo 188 de la Ley 1437 del 2011 no implicaba la condena de manera automática u objetiva frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Lo anterior a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el operador judicial debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión.

No obstante lo anterior, una sentencia reciente de la Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas, incluidas las agencias en derecho, al concluir que no se debe evaluar la conducta de las parte como **temerarias o de mala fe.** . (subrayado y negrilla propias)

Al respecto, según el fallo, se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo establece el Código General del Proceso.

De esta manera, el análisis de la subsección tuvo en cuenta las siguientes consideraciones respecto de este tipo de gastos en que deben incurrir cada una de las partes interviniente involucradas en un proceso judicial:

• El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio subjetivo en el Código Contencioso Administrativo a uno objetivo valorativo en el CPACA.

• Se concluye que es objetivo porque en toda sentencia se dispondrá sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

• Sin embargo, se le califica de valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.

• La cuantía de la condena en agencias en derecho en **materia laboral** se fijará **atendiendo la posición de los sujetos procesales**. (Subrayado y negrilla propias).

• Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas.

(Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 13001233300001300022O1 (12912014), Abr. 07/16)

De lo anterior se logra concluir, honorable Magistrado, que pese a que se debe decidir sobre costas en el asunto, también es cierto que estas deben obedecer a unas reglas establecidas por el legislador, y no solamente de la discrecionalidad del Juez que las imponga, en este sentido, solo habrá logar a su imposición cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Aparte de ello, como lo ha ordenado el H. Consejo de Estado, en especial lo atinente a materia laboral, como lo es el presente asunto, las costas también se deben fijar atendiendo la posición de los sujetos procesales, siendo un aspecto de vital importancia.

Sobre este particular, vale decir, que la posición de la accionada siempre estuvo amparada bajo los principio de la Buena fe y la confianza legítima, tanto es así, que siempre hubo animo conciliatorio por parte de la entidad accionada para finiquitar el litigio y reconocerle vía extrajudicial el derecho a la accionante a acceder a sus pretensiones de la demanda, tal como se puede observar dentro del plenario.

También se debe valorar y ponderar por el fallador, que CASUR, actuó siempre en el marco de la legalidad, sin abuzar del derecho y sin dilatar el proceso judicial.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los artículos 150 numeral 119 de la constitución política de Colombia, decreto 1213 de 1990 y ley 923 de2004, Decreto 4433 de 2004.

6. PRUEBAS Y EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO *(Núm. 4 Y Parágrafo 1 Art. 175 C.P.A.C.A.)*

Solicito al Honorable Despacho, tener en cuenta para estudio, análisis y fallo del proceso a favor de la demandada las siguientes:

- Los solicitados en el auto admisorio de la demanda (antecedentes administrativos del demandante).
- CD con el expediente administrativo que se allega junto con esta contestación.

7. ANEXOS

- Me permito presentar como anexos, la documentación señalada en el acápite de pruebas.
- Poder debidamente otorgado **PARA LA DEFENSA DE CASUR,** junto con los respectivos documentos de representación.

8. NOTIFICACIONES *(Núm. 4 Y Parágrafo 1 Art. 175 C.P.A.C.A.)*

La entidad Accionada y el representante legal de la Entidad demandada y el suscrito apoderado, las recibirán en la carrera 7a. No. 12B-58 piso 10 de Bogotá, D.C., a los correos electrónicos judiciales@casur.gov.co o en su despacho.

Atentamente;

CARLOS ADOLFO BENAVIDES BLANCO
C.C. No. 1.016.036.150 de Bogotá
T.P. No. 267.927 del C.S. de la Jud.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 00179

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

HONORABLE
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA
M.P.: LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
E. S. D.

REFERENCIA: Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de **FLOR ANGELA CAMACHO PASTRANA** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-**

RADICACIÓN: 25000234200020190017900

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía N° 37.627.008 de Puente Nacional Santander portadora de la Tarjeta Profesional 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada sustituta de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; por medio del presente escrito y dentro del término legal procedo a contestar la demanda de la siguiente manera:

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante toda vez que a la actora no le asiste derecho alguno a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, le reconozca la pensión gracia solicitada, en vista de que las mismas no están llamadas a prosperar por carecer de sustento factico y legal, como se demostrará en el momento procesal oportuno.

En consecuencia, respetuosamente le solicito al Despacho que se abstenga de fallar de manera condenatoria en mérito del asunto, por las razones que a continuación se esgrimen:

A. DECLARATIVAS.

PRIMERO: Me opongo a que se declare la nulidad del acto administrativo, contenido en la resolución No. RDP 027292 del 26 de julio de 2016 expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, por medio del cual se negó el reconocimiento a la Pensión Gracia; teniendo en cuenta que el acto administrativo se encuentra ajustado a derecho y que una vez analizados los elementos de juicio existentes en el cuaderno administrativo, se observa que no hay lugar el reconocimiento de la prestación solicitada por cuanto la demandante no demostró el cumplimiento de

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

los requisitos previstos en la ley, es decir 20 años de servicio en la docencia oficial del orden departamental, municipal.

SEGUNDO: Me opongo a que se declare la nulidad del Auto ADP 014862 del 13 de Diciembre de 2016, proferido por la Subdirección de Determinación de Derechos Pensiónales mediante el cual se rechazó el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RDP 027292, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, por cuanto dicho acto fue revocado en todas y cada una de sus partes.

B. CONDENATORIAS.

PRIMERA: Me opongo a que se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, a reconocer y pagar a la Sra. FLOR ANGELA CAMACHO PASTRANA la pensión gracia de Jubilación, a partir del 14 de julio de 2013, en cuantía de $2.195.914.56, lo anterior teniendo en cuenta que la demandante no cumple con los requisitos para acceder a lo aquí pretendido.

SEGUNDA: Me opongo habida cuenta que al no existir derecho al reconocimiento de la pensión solicitada, tampoco habrá lugar a que mi representada reconozca y pague reajustes por ningún concepto.

TERCERA: Me opongo habida cuenta que al no existir derecho al reconocimiento de la pensión solicitada, tampoco habrá lugar a que mi representada ajuste el valor, conforme al índice de precios al consumidor y tal como lo autoriza el artículo 187, del CPACA.

CUARTA: Me opongo habida cuenta que al no existir derecho al reconocimiento de la pensión solicitada, tampoco habrá lugar a condenar a mi representada a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA.

QUINTA: Me opongo teniendo en cuenta que al no existir derecho alguno para que prosperen las pretensiones incoadas, no habrá lugar a que mi representada pague intereses moratorios, ni de ninguna otra clase.

SEXTA: Me opongo habida cuenta que al no existir derecho al reconocimiento de la pensión solicitada, tampoco habrá lugar a condenar a mi representada en condena alguna por concepto de costas y agencias en derecho como cualquier otra solicitud de condena no está llamada a prosperar.

A LOS HECHOS Y OMISIONES

Manifiesto a su despacho que me opongo a todos y cada uno de los hechos plasmados en el libelo de la demanda, por carecer de fundamento jurídico y factico, adicional a ello falta carácter probatorio.

A lo marcado como 1: Cierto.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

A lo marcado como 2: Cierto.

A lo marcado como 3: Es cierto en cuanto a que la demandante presto sus servicios a la educación Preescolar entre el 11 de septiembre de 1972 hasta el 5 de septiembre de 1975, en cuanto a lo demás corresponde a apreciaciones que realiza el apoderado de la parte demandante.

A lo marcado como 4: Es un hecho que merece ser probado.

A lo marcado como 5: Es un hecho que merece ser probado.

A lo marcado como 6: No es un hecho, corresponde a una apreciación que realiza el apoderado de la parte demandante.

A lo marcado como 7: No es un hecho, corresponde a una apreciación que realiza el apoderado de la parte demandante.

A lo marcado como 8: Cierto.

A lo marcado como 9: Cierto.

A lo marcado como 10: Cierto.

A lo marcado como 11: Cierto.

A lo marcado como 12: Cierto.

A lo marcado como 13: Cierto, en cuanto a que la UGPP le envió le envió notificación por aviso a la demandante el 19 de agosto de 2016, en cuanto a lo demás corresponde a apreciaciones que realiza el apoderado de la parte demandante.

A lo marcado como 14: Es un hecho que merece ser probado.

A lo marcado como 15: Cierto.

A lo marcado como 16: Cierto.

A lo marcado como 17: Cierto.

A lo marcado como 18: Cierto.

A lo marcado como 18: No es un hecho, corresponde a una apreciación que realiza el apoderado de la parte demandante.

FUNDAMENTOS FACTICOS RELEVANTES

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

La señora **FLOR ANGELA CAMACHO PASTRANA** solicito a la entidad el reconocimiento pensional gracia por considerar que cumplía con los requisitos de la norma aplicable a su caso.

Mediante resolución No. RDP 027292 de julio 26 de 2016 la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-** negó el reconocimiento y pago de una pensión gracia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La entidad actuando bajo la normatividad aplicable, con total convencimiento de actuar correctamente y en derecho, conforme a las pruebas y los hechos materia de litigio encuentra que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda al no cumplir con los requisitos que la Ley exige para ser beneficiaria de la misma. La pensión vitalicia de jubilación gracia consagrada en la Ley 114 de 1913 es una prestación especial y dado su carácter de excepcional, para su reconocimiento y pago, es indispensable que se cumplan a cabalidad las exigencias contempladas.

Sea lo primero señalar que, la pensión gracia fue estipulada por la Ley 114 de 1913 donde y fue concebida como una compensación o retribución en favor de los maestros que percibían una remuneración inferior respecto de los educadores cuyas prestaciones estaban a cargo de la Nación. A partir de esta Ley diferentes normas han regulado y reglamentado su aplicación, es así como en el artículo 15 numeral segundo (2°) literal A de la Ley 91 de 1989, se estipula la vigencia de la pensión gracia y sobre ella y debido a las discrepancias en su interpretación la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 27 de agosto de 1997, expediente S-699 se aclaró definiéndose el ámbito de aplicación de dicha norma frente a las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1993.

La Ley 114 de 1913 consagró en su artículo 1° esta prestación excepcional en beneficio de los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años y completen la edad de cincuenta (50) años de servicios.

> *En el art. 3o. determinó: "Los veinte años de servicio a que se refiere el artículo 1o. podrán contarse computando servicios prestados en diversas épocas, y se tendrán en cuenta los prestados en cualquier tiempo anterior a la presente Ley."*

La Ley 116 de 1928 extendió con las limitaciones necesarias la anterior prestación excepcional a otros docentes de la siguiente manera:

> *"Art. 6o. Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contemplan la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumaran los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza*

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

271

primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección".

La Ley 37 de 1933, por su parte, extendió nuevamente la citada prestación a otros docentes y por otros servicios, así:

"Art. 3o. Las PENSIONES DE JUBILACIÓN DE LOS MAESTROS DE ESCUELA, rebajadas por Decreto de carácter legislativo, quedarán nuevamente en la cuantía señalada por las Leyes. Hácense extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios señalados por la Ley, en establecimientos de enseñanza secundaria."

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 15 estableció lo siguiente:

"Art. 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

En resumen los requisitos para que se conceda la pensión gracia a docentes son:

1. Haber laborado por más de 20 años,

2. Haber cumplido 50 años de edad,

3. Que observe buena conducta,

4. Haber prestado sus servicios como docente de carácter departamental, distrital o nacionalizado,

5. En caso de ser docente nacionalizado haber estado vinculado hasta antes del 31 de diciembre de 1980, y

6. Haber prestado sus servicios como maestro de escuelas primarias oficiales, empleado o profesor de escuela normal o de inspector de instrucción pública o profesor de establecimiento de enseñanza secundaria.

La norma transcrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el de colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales.

En el cuaderno administrativo de la señora **FLOR ANGELA CAMACHO PASTRANA** se logra encontrar lo siguiente:

1. Que una vez verificada la base de datos suministrada por el FOMAG se puede evidenciar que la peticionaria se vinculó como docente de orden Nacional desde el 04 de mayo de 1975 pagado con recursos del situado fiscal.
2. Que adicionalmente el certificado de tiempos de servicio de fecha 01 de diciembre de 2015 también indica que la vinculación como docente NACIONAL se da desde el año 1975.

De conformidad con la norma antes transcrita y los tiempos de servicio antes relacionados se puede observar que la señora **FLOR ANGELA CAMACHO PASTRANA** no cuenta con los veinte años en la docencia oficial de carácter Departamental, Distrital, Municipal o Nacionalizado teniendo en cuenta que para acceder a la prestación solicitada no es posible computar tiempos de servicio del orden Nacional ni los desempeñados en Cargos de carácter Administrativo total o parcialmente, en consecuencia no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación solicitada.

EXCEPCIONES

Con el debido respeto la entidad demandada UGPP presenta las siguientes excepciones a la demanda formulada.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

DE FONDO

PRIMERA: AUSENCIA DE VICIOS EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Los actos administrativos demandados constantes en las resoluciones No. RDP 027292 del 26 de julio de 2016 y el auto ADP 014862 del 13 de Diciembre de 2016 expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, por medio del cual se negó el reconocimiento a la Pensión Gracia; conservan incólumes su presunción de validez y surten plenamente sus efectos en el mundo jurídico, puesto que esta no ha sido desvirtuada por la demandante. Lo anterior en vista que los mismos no contienen vicio alguno que conlleven a su anulación, ya que fueron expedidos observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria, tanto los motivos en los que se fundan como la motivación que en ellos se leen, son consistentes y congruentes con las normas superiores en las que se fundan y por lo tanto los vicios que se les imputan carecen de fundamento de acuerdo a los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN - COBRO DE LO NO DEBIDO

En razón a que se pretende que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad que represento pague dineros sin que exista ningún tipo de obligación entre las partes, adicionalmente el derecho fue negado conforme a la normatividad aplicable, toda vez que es válido concluir que la demandante no cumple los requisitos de vinculación que exige el Decreto 2277 de 1979 y la Ley 114 de 1913 para acceder a la pensión gracia, pues ni siquiera demostró su condición de docente oficial en todos los tiempos laborados y sin completar 20 años de servicios, en consecuencia, el fallo proferido en esta instancia debe ser de carácter absolutorio a la entidad y despachando desfavorablemente a las pretensiones de la demanda, al dar por probadas las excepciones propuestas por la suscrita.

Por lo anterior, no hay lugar a cobrar a la entidad demandada las mesadas pensionales de a modo de retroactivo, la Indexación de las mesadas conforme al índice de precios al Consumidor "IPC" o ajuste de valor certificado por el DANE; y demás pretensiones solicitadas, toda vez que no tenía causado ni reconocido ningún derecho, pues le faltaba el cumplimiento de los requisitos estipulados en la normatividad vigente.

TERCERA: PRESCRIPCIÓN

Sin que de ninguna manera se entienda reconocidos los hechos y las pretensiones de la demanda, se propone la excepción de prescripción frente a cualquier derecho que eventualmente se hubiesen causado a favor del demandante y que de conformidad con las normas legales, y con las pruebas aportadas al plenario se reconozca en la sentencia, causados con anterioridad a tres años, contados desde la presentación de la demanda, conforme lo establece el artículo 488 del C.S.T en concordancia con el artículo 151 del C.P.T.Y.S.S.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

Sustento la presente excepción además de los artículos citados en precedencia en la jurisprudencia de la H corte constitucional, sentencia C-624 de 2003, y la sentencia de la H corte suprema de justicia sala de casación laboral, expediente L-8109-96 que me permitió transcribir en su aparte pertinente, así:

> *(...) "No obstante, así reitero la corte, una vez más, la imprescriptibilidad del derecho a reclamar una pensión.*
>
> *"pero, como ha sido objeto de aclaraciones en las anteriores oportunidades, la imprescriptibilidad de la pensión se refiere al derecho en sí mismo, pero no en lo atinente a las mesadas pensionales dejadas de cobrar, las cuales se someten a la regla general de prescripción de las leyes sociales de tres (3) años, prevista en el artículo 151 de decreto –ley 2158 de 1948". (...)*
>
> *(...) ahora bien, como la pensión de jubilación es vitalicia, la jurisprudencia laboral ha encontrado, con acierto, que el derecho a ella no prescribe, y que solo a las mesadas, una tras otra consideradas, puede aplicarse este medio de extinción de las obligaciones ". Corte suprema de justicia- sala de casación laboral, EXP L-8109-96 M.P German Valdés Sánchez. (...)*

CUARTA: IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS

Mi poderdante en todas y cada una de sus actuaciones legales, actúa bajo el principio de buena fe, y en este asunto, en cumplimiento de dicho precepto legal acata en su integridad la normatividad vigente para efectos de reconocimiento y liquidación de derechos pensionales.

La condena en costas y agencias en derecho: las mismas no son viables por cuanto El Consejo de Estado[1], ha manifestado al respecto lo siguiente:

> *En efecto, dicha ponderación debe conducir a que se verifique si han procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas de interponer recurso o de promover incidentes en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal.*

Ahora bien, *respecto a la condena en costas impuesta por el Tribunal a la entidad demandada se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Sentencia de 19 de enero del 2015, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, No. interno: 4583-2013 del M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, en la que se señaló sobre la naturaleza de la condena en costas a luz del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso*

[1] Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 48809, 13 de junio de 2016.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

271

Administrativo y el Código General del Proceso[2], que dicho precepto contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial cuando profiera sentencia que decida el mérito de las pretensiones en una causa sometida a su conocimiento, que es el de "dispondrá" el cual, acorde con el diccionario de la real academia de la lengua española es sinónimo de "decir", "determinar", "mandar", "proveer", por lo que, sin mayor esfuerzo puede colegirse que lo prescrito por el legislador en la norma en cita no es otra cosa que la facultad del juez para pronunciarse sobre la condena en costas.

Se deja en claro igualmente que tal disposición no impuso al funcionario judicial la obligación de "condenar" en costas, sino la de "disponer" sobre las costas, esto es, la de pronunciarse sobre la procedencia o no de imponerlas.

Bajo esta preceptiva se precisó que si bien en el texto actual que regula la actuación judicial en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) ya no obra la previsión de antaño contenida en el artículo 171 del decreto 1 de 1984, referida a la potestad de imponer condena en costas "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...", también lo es que el nuevo articulado no impone una camisa de fuerza "automática" frente al vencido en el litigio, por lo que, comprendiendo que tal condena es el resultado de una serie de factores tales como, por ejemplo, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, será el respectivo director del proceso quien, ponderando tales circunstancias, se pronuncie con la debida sustentación sobre su procedencia.

Así mismo, se concluyó que esta interpretación resulta consonante con lo previsto por el artículo 392 del Código General del Proceso, que dispone que la condena en costas se impondrá en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "... en que haya controversia..." y que "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

QUINTA: GENÉRICA O INNOMINADA

De manera respetuosa se presenta esta excepción con el fin de que se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de la entidad demandada, en ese sentido se declaren las demás excepciones que resulten dentro del procesos.

MEDIOS DE PRUEBAS

Solicito a su honorable despacho tenga como medios de prueba los aportados en el expediente Administrativo para el caso en mención. **1 CD**

ANEXOS

[2]Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 408
Yrivera.tcabogados@gmail.com - notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
www.tcabogados.co

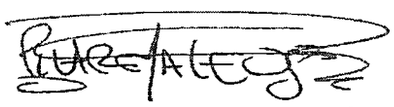
1. Poder debidamente otorgado por la entidad al señor JOSÉ FERNANDO TORRES.
2. Escritura Publica No. 3054 del 22 de octubre de 2013, de la Notaria 25 de Bogotá.
3. Sustitución pensional a la suscrita apoderada.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones se pueden surtir en:

- El suscrito en la Cra. 11 # 73- 44 Oficina 408 – Bogotá D.C.
- Tel. 3045304501
- **Solicito muy amablemente al despacho, que en caso de cualquier notificación vía correo electrónico, aparte de la respectiva comunicación a la entidad que represento, también se me notifique a mi correo: yrivera.tcabogados@gmail.com**

Del Señor magistrado.



ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES
C.C. 37.627.008 de Puente Nacional
T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 0438

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

DEAJALO20-5053

Bogotá D. C., 16 de julio de 2020

H. Magistrado
LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección B
Ciudad

Asunto:	Contestación de la demanda
Expediente:	25000234200020190043800
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes:	Jonathan Almanza Triana
Demandado:	Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

CESAR AUGUSTO MEJÍA RAMÍREZ, vecino y residente de la capital de la República, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.041.811 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 159.699 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado de la Nación - Rama Judicial en el proceso de la referencia, según poder otorgado por la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en ejercicio de la función de representación judicial y extrajudicial que le fue delegada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial mediante Resolución No. 5393 de 16 de agosto de 2017, y en el término legal, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA**, así:

I. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas las declaraciones y condenas que sean contrarias a la Entidad que represento, toda vez que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.

En consecuencia, solicito se declare la prosperidad de las EXCEPCIONES planteadas y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las suplicas de la demanda.

II. A LOS HECHOS

A los hechos 1 a 3). Es cierto, de conformidad con la certificación expedida el 15 de julio de 2020 por el Director Administrativo de la División de Asuntos Laborales de la Unidad de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, debiéndose precisar que la vinculación como profesional especializado 33 inició el 7 de abril de 2015.

Al hecho 4). Es cierto, bajo radicado EXTDEAJ17-18506 del 13 de septiembre de 2017 se recibió la solicitud de liquidación y pago de las prestaciones sociales, adjuntando tres paz y salvo.

A los hechos 5 y 6). No nos constan esos hechos, deberán ser probados dentro del trámite procesal.

A los hechos 7 a 9). Son ciertos.

III. RAZONES DE LA DEFENSA

REGIMEN DE LAS CESANTÍAS

Conforme a lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil en varios pronunciamientos, entre ellos, el Concepto 1777 de 2006, "El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social[1]".

(i) Régimen Aplicable a los empleados de la Rama Judicial

A continuación, se expone brevemente el marco jurídico aplicable para los empleados y funcionarios de la Rama Judicial.

Sea lo primero advertir que el Gobierno Nacional está investido de libertad de configuración normativa suficiente para establecer los factores específicos que determinan el régimen salarial de los distintos grupos de servidores públicos, que no necesariamente son comunes al universo de empleados estatales, en razón a que constitucionalmente está aceptada la existencia de regímenes especiales y diferenciados.

El Auxilio de las Cesantías encuentra sustento legal en el artículo 17 de la Ley 6° de 1945, los artículos 1 y 2 de Ley 65 de 1946, el Decreto 1160 de 1947, artículos 40, 42, 45 y concordantes Decreto 1045 de 1978, el Decreto 3118 de 1968 y la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006).

Para la Rama Judicial, el Gobierno Nacional, en uso de las atribuciones legales y en especial las conferidas por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 57 del 7 de enero de 1993, *"por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones"* donde se dispuso que las cesantías de los servidores Judiciales que se acogieran a este Régimen salarial se regirían por la normatividad consagrada en el Decreto 3118 de 1968 *"(..) y las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten, con excepción del pago, el cual se regirá por lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 33 de 1985."*[2].

---

[1] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil – Concepto 1777 del 15 de noviembre de 2006 – Radicación 2006 – 00095 – 00 – Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez

[2] Artículos 10 y 12 del Decreto 57 de 1993:
"ARTICULO 10 Las cesantías de los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial podrán ser administradas por las Sociedades cuya creación se autorizó en la Ley 50 de 1990 o por el Fondo Publico que el Consejo Superior de la Judicatura señale. El Consejo Superior de la Judicatura establecerá las condiciones y requisitos para elio, en los cuales indicará que los recursos serán girados directamente a dichas Sociedades o Fondos".

Es de señalar que con la expedición del Decreto 3118 de 1968, fue modificado el sistema de liquidación de las cesantías, es decir, que las mismas pasaron de tener carácter retroactivo a ser liquidadas anualmente con corte a 31 de diciembre de cada año, teniendo en cuenta para ello, los factores salariales devengados por el trabajador durante cada vigencia, normatividad con la cual se dio origen a las cesantías anualizadas.

Cabe reiterar que el aludido Decreto, es el aplicable a la Rama Judicial por expresa disposición del Decreto 57 de 1993.

(ii) De la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y su no aplicación automática

Fundamenta el actor su demanda en lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 por la cual se adiciona la Ley 244 de 1995, especialmente en lo dispuesto en su artículo 5°, el cual reza:

> ***Artículo 5°.*** *Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*
>
> ***Parágrafo.*** *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.*

Ahora bien, es importante resaltar que la sanción por mora no es de aplicación automática; así lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 que al analizar la constitucionalidad de la Ley 244 de 1995 y tratar sobre la causación de la sanción por mora y su indexación, dispuso:

> *Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones. En efecto, ese tribunal señaló al respecto:*
>
> > *Es oportuno reiterar que* ***cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática****, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera*

Artículo 12 Y-. J *Las cesantías se regirán por las normas establecidas en el Decreto extraordinario 3118 de 1968 y las normas que lo modifiquen adicionen o reglamenten, con excepción del pago, el cual se regirá por lo dispuesto en el articulo 7o de la Ley 33 de 1985".*

> *el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo.* (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia al analizar en innumerables ocasiones la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, normas que si bien no son las aplicables al caso concreto, contemplan una sanción de naturaleza y fines similares al asunto bajo estudio, ha señalado:

> *Es pertinente anotar que esta Sala ha dicho de manera reiterada y constante que los artículos 65 del C. S. T. y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de aplicación automática sino que es obligación del juez al momento de imponer la sanción allí prevista analizar la conducta del empleador con el fin de determinar si la misma estuvo revestida de buena juez. Para el efecto, cabe rememorar lo dicho en sentencia de 21 de abril de 2009, radicado 35414:*
>
> > *"... en lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la causada a la terminación de la relación laboral por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, como lo pone de presente la censura, que es criterio de la Sala que ambas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador*[3].

Como quiera que estamos ante una sanción que no es de aplicación automática, debe realizarse un análisis de la conducta de la Rama Judicial como empleador, y si hay conductas de las cuales puedan derivarse actuaciones catalogadas como de mala fe.

(iii) **De la causación de la sanción por mora y su contabilización**

Sobre la causación y contabilización de los términos para el inicio de la causación de la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006, el Consejo de Estado fijó sus reglas de interpretación, las cuales tienen carácter vinculante en ocasión del precedente vertical, en sentencia del 18 de julio de 2018[4], indicando:

> *...la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social – cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/20061), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 511], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días*

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral – Sentencia del 27 de noviembre de 2019 – Radicado SL5220-2019 – Magistrado Ponente Ernesto Forero Vargas

[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B – Sentencia del 18 de julio de 2018 – Radicado Interno 4961-15 – Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez

hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Con fundamento en lo anterior, la regla quedó fijada así:

> ***Sentar jurisprudencia*** *precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

Para mayor claridad de los términos de computó, la citada decisión judicial presenta mas adelante la siguiente tabla, de la cual se transcribe solo el aparte relevante para el presente caso, así:

HIPOTESIS	***NOTIFICACION***	***CORRE EJECUTORIA***	***TÉRMINO PAGO CESANTÍA***	***CORRE MORATORIA***
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	*Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago*	*10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto*	*45 días posteriores a la ejecutoria*	*70 días posteriores a la petición*

IV. CASO EN CONCRETO:

Una vez analizada la inconformidad presentada a la luz de la normativa y jurisprudencia vigente, corresponde analizar el caso concreto.

Así las cosas, tenemos que el 13 de septiembre de 2017 se recibió la solicitud de liquidación y pago de las prestaciones sociales por parte del señor Jonathan Almanza Triana, solicitud que se acompañó de los paz y salvo de biblioteca, seguridad e inventarios.

Contrario a lo que señala el actor respecto de que no se hizo nada para hacer los ajustes necesarios para el pago de sus cesantías, tenemos que el día 14 de octubre de 2017, el señor Ricardo Torres de la Unidad de Recursos Humanos reportó al ingeniero que prestaba el apoyo en el aplicativo Kactus, usado para el manejo de la nómina, el caso del actor, indicando que dicho aplicativo estaba liquidando para este asunto, los contratos 54 y 5 con sueldos diferentes, y no con el último sueldo como era lo correcto.

En correo del 25 de octubre de 2017, el Director Administrativo de la División de Asuntos Laborales solicita a dos personas de Digitalware, acompañamiento para solucionar el error en el aplicativo Kactus con la liquidación de las cesantías del señor Almanza.

El día 26 de octubre de 2017 la persona de Digitalware informa que en sesión de trabajo con el Consejo Superior de la Judicatura y la Contraloría General de la República se validó y verificó el proceso de cesantías definitivas del caso del actor.

Vale resaltar que para la época, la Contraloría General de la República se encontraba haciendo una auditoría sobre la forma de liquidación de cesantías de los empleados de la Rama Judicial.

En correos del 10 y 17 de noviembre de 2017 se reiteró al ingeniero a cargo los ajustes para el pago del servidor judicial Jonathan Almanza Triana.

El día 13 de diciembre de 2017 se entregaron los ajustes para poder realizar el pago, generándose la trazabilidad de los mismos.

En correo electrónico del 18 de diciembre de 2017, se comunica al Director Administrativo de la División de Asuntos Laborales la corrección en la liquidación de las cesantías del actor, haciendo la salvedad que se debieron hacer ajustes de forma manual.

El 18 de diciembre de 2017, la jefe de prestaciones sociales de la DEAJ certificó que no existía pago de cesantías definitivas a favor del señor Almanza para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de julio de 2017.

Mediante la Resolución No. 3249 del 14 de marzo de 2018 proferida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, se liquidó un auxilio de cesantía definitivo a favor del señor JONATHAN ALMANZA TRIANA para la vigencia 2017, quien laboró hasta el 31 de julio de 2017, por valor de ($4.219.886).

El anterior acto administrativo fue notificado personalmente el 23 de marzo de 2018.

Al respecto, es importante resaltar que no existió mala fe por parte de la administración en el trámite del pago de las cesantías definitivas de la parte actora, contrario a ello y como lo reconoce el demandante en su escrito de demanda, todo ello partió de un problema con el sistema y un error en la resolución, lo que permite deducir que no existió un ánimo dilatorio por parte de la Dirección Ejecutiva.

Es así que en la valoración subjetiva que deben realizar los honorables magistrados de la conducta del empleador al no ser la sanción moratoria de aplicación automática, se debe tener en cuenta en este caso la ausencia de mala fe por parte de la Rama Judicial como empleador, y por tanto, no debe haber lugar a la imposición de la sanción solicitada.

Ahora bien y en animo de debate, en el caso de que se determine que el demandante tiene derecho al pago de la sanción por mora contemplada en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, conforme las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado, la misma debe ser computada o contabilizada una vez pasados 70 días hábiles, por lo que teniendo en cuenta la fecha de presentación de la solicitud de pago de las cesantías definitivas acreditando el cumplimiento de los requisitos para ellos, la misma iniciaría su causación en los últimos días del mes de diciembre de 2017.

Así mismo, vencidos los 70 días para iniciar su causación, la contabilización de la sanción por mora deberá hacerse igualmente tomando los días hábiles, es decir, no se deben contabilizar los fines de semana ni los días festivos.

V. EXCEPCIONES.

(i) Ausencia de causación de la sanción moratoria reclamada – buena fe

En el presente caso el trámite de pago del auxilio definitivo de cesantías del actor tuvo un retraso en el tiempo por circunstancias que no pueden ser imputables a la mala fe de la Rama Judicial como empleador, circunstancias subjetivas que al ser analizadas por parte de los juzgadores dan cuenta que no se reúnen los requisitos para que se cause la sanción por mora contemplada en la Ley 244 de 1995 subrogada por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

(ii) La innominada.

De conformidad con el Artículo 187, inciso 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicito se declare cualquier otra que el fallador encuentre probada en el curso del proceso.

VI. PRUEBAS

Comedidamente solicito a la honorable juez, decretar las pruebas de oficio que considere pertinentes y útiles en el proceso, y así mismo, se tenga en cuenta la siguiente prueba documental:

- Certificación de tiempos de servicio de 16 de julio de 2020.

VII. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

De conformidad con el artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, me permito aportar como antecedentes administrativos los siguientes documentos:

- Resolución No. 3249 del 14 de marzo de 2018.
- Estado de cuenta de cesantías protección del actor.
- Relación de correos de gestión error Kactus.
- Proyecto de resolución con error y certificación para pago.

VIII. ANEXOS

Me permito anexar los documentos relacionados en los acápites de pruebas y de antecedentes administrativos, así como los siguientes:

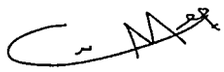
1. Poder otorgado por la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

2. Resolución No. 5393 de 16 de agosto de 2017, por la cual el Director Ejecutivo de Administración Judicial delega la función de representación judicial y extrajudicial en la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
3. Resolución No. 7361 del 3 de noviembre de 2016, por medio de la cual se hace un nombramiento en propiedad.
4. Acta de Posesión de la doctora Belsy Yohana Puentes Duarte.

IX. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7-96 Piso 8°. Tel. 555 3939, Ext. 1078 o 1080 de Bogotá. Buzón electrónico de notificaciones: deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co. Correo electrónico propio institucional: cmejiar@deaj.ramajudicial.gov.co Celular: 310 6253671.

Del honorable Magistrado,



CÉSAR AUGUSTO MEJÍA RAMÍREZ
C.C. 80.041.811 de Bogotá
T.P. 159.699 del Consejo Superior de la Judicatura
Abogado División Procesos – Unidad de Asistencia Legal
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 00479

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

JCR
ABOGADOS

Honorable Magistrado
LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA– SECCIÓN SEGUNDA
E. S. D

ASUNTO:	**CONTESTACIÓN DE DEMANDA**
RADICADO:	**25000234200020190047900**
Demandante:	**PIEDAD DELGADO GALINDO**
Demandado:	**BOGOTÁ – DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO Y OTROS**
Medio de Control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ALBA MARCELA RAMOS CALDERÓN, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., ubicada en la Calle 73 número 10-10 Edificio el Dorado oficina 304, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderada sustituta del demandado **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, conforme al poder conferido por el Representante Judicial, el cual adjunto; dentro del término establecido en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, respetuosamente allego **CONTESTACIÓN** de demanda en los siguientes términos

I. DE LOS ANTECEDENTES PROPUESTOS POR LA DEMANDANTE

AL HECHO PRIMERO: ES CIERTO. Tal como se puede observar en la Resolución 3652 del 15 de octubre de 2019, expedida por la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá, allegada con esta contestación y que hace parte del expediente administrativo.

AL HECHO SEGUNDO: ES CIERTO. De acuerdo con el Registro Civil de Defunción, expedido por la Notaría Segunda del Circulo de Soacha, que se adjunta con esta contestación y que hace parte del expediente administrativo.

AL HECHO TERCERO: ES CIERTO. La demandante mediante solicitud 2018-PENS-543132 del 23 de marzo de 2017 solicitó la sustitución de la pensión de jubilación del señor FERNANDO RICO VIDAL (Q.E.P.D) quien se identificaba en vida con la Cédula No. 3.176.304 reconocida mediante la Resolución No. 3652 del 15/01/3009 como docente Nacional, que se adjunta con esta contestación y que hace parte del expediente administrativo.

AL HECHO CUARTO: ES CIERTO. Teniendo en cuenta que concurrieron las señoras **PIEDAD DELGADO GALINDO** y **NANCY MIREYA QUINTERO PARRA,** a solicitar a la sustitución de la pensión de jubilación del señor **FERNANDO RICO VIDAL (Q.E.P.D)** quien se identificaba en vida con la Cédula No. 3.176.304 reconocida mediante la Resolución No. 3652 del 15/01/3009 como docente Nacional, y que de las mismas no existe claridad ni

certeza suficientes sobre la convivencia con el causante los cinco (5) años anteriores al momento del fallecimiento, debido a que cada una adjunta declaraciones extra juicio donde acreditan dicha convivencia, la Secretaría de Educación del Distrito decidió mediante Resolución 8029 de 17 de agosto de 2018 suspender dicha Pensión.

HECHO QUINTO: ES CIERTO. La demandante recurrió el acto administrativo mencionado en el hecho cuarto.

HECHO SEXTO: ES CIERTO. La Secretaría de Educación mediante Resolución 12502 de 14 de diciembre de 2018, resuelve el mencionado recurso y confirma la Resolución No-8029 de 17 de agosto de 2018.

HECHO SÉPTIMO: ES PARCIALMENTE CIERTO. De Conformidad con los documentos que obran en el expediente que se adjunta la señora PIEDAD DELGADO y la señora NANCY MIREYA QUINTERO PARRA, allegaron declaraciones que demuestran la convivencia con el señor **FERNANDO RICO VIDAL (Q.E.P.D)** quien se identificaba en vida con la Cédula No. 3.176.304.

Igualmente, las dos señoras allegaron información de los hijos procreados por el señor **FERNANDO RICO VIDAL (Q.E.P.D)** quien se identificaba en vida con la Cédula No. 3.176.304.

HECHO OCTAVO: NO LE CONSTA A LA ENTIDAD. No existen pruebas que permitan determinar lo expresado por la demandante, más allá de una sentencia del Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, la cual fue allegada por la demandante a la Secretaría de Educación, la cual se adjunta y hace parte del expediente administrativo.

HECHO NOVENO: NO LE CONSTA A LA ENTIDAD. Al existir dudas al respecto, deberá entonces probarse en el presente proceso y será su señoría quien determine quien cuenta con mejor derecho para la sustitución de la pensión del señor **FERNANDO RICO VIDAL (Q.E.P.D)** quien se identificaba en vida con la Cédula No. 3.176.304.

II. DE LAS PRETENSIONES

DECLARATIVAS

PRIMERA: Respecto de la nulidad de las Resoluciones No. 8029 de 17 de agosto de 2018 y 12502 de 14 de diciembre de 2018, me opongo totalmente a la nulidad de estas como quiera que están revestidas del principio de legalidad.

SEGUNDA Y TERCERA: Me opongo a la prosperidad de estas pretensiones teniendo en cuenta que la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL,** obro conforme a lo establecido en el Decreto 758 de 1999.

Ahora bien, en cuanto al pago de la Sustitución de Pensión Vitalicia de Jubilación, esta entidad no es la entidad encargada del manejo de los recursos, ya que de conformidad con la Ley 91 de 1989, en caso de acceder su señoría a lo pedido por la accionante, será el

JCR
ABOGADOS

FOMAG administrado por la FIDUPREVISORA S.A con ocasión al contrato de fiducia mercantil suscrito con el Ministerio de Educación, que deberá proceder a este.

CUARTA: Me opongo a su prosperidad pues dicha pretensión es consecuencia de las anteriores declaraciones, y al negarse la prosperidad de aquellas, resultaría improcedente el reconocimiento de esta. Además, cabe aclarar que los fundamentos presentados en la demanda no permiten soportar las condenas solicitadas por la parte actora y en todo caso el acto acusado está revestido de presunción de legalidad que deberá desvirtuar la parte actora.

III. DE LOS FUNDAMENTOS

RÉGIMEN LEGAL DE LAS PRESTACIONES DE LOS DOCENTES.

Desde la expedición de la Ley 812 de 2003, por el cual se aprueba el plan nacional de desarrollo de 2003, consagró en su artículo 81 lo siguiente:

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

El gobierno nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la ley 91 de 1989. En todo caso el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud"

Por su parte el artículo Art 2 y 3 de la Ley 91 de 1989 a través de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, refiere a la forma como se asumirán las obligaciones prestacionales de los docentes, entre la nación y los entes territoriales, de la siguiente manera:

Artículo 2.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

JCR
ABOGADOS

Artículo 3.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional, el Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad." En el Art 5" ibidem por su parte se establecen los objetivos de esta entidad de la siguiente manera:

Artículo 5.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

2.- Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que importa el Consejo Directivo del Fondo.

3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir tocas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.

4.- Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.

5.- Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones

DE LA INTERVENCION DE LA SECRETARIA DE EDUCACION EN EL TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION.

Téngase en cuenta que en el Decreto 2831 de 2005 previó la gestión que estaba a cargo de las Secretarias de Educación respecto a prestaciones sociales de los docentes de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 3 Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005. la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme «a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y centro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

PARÁGRAFO PRIMERO: Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de Prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
PARÁGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

ARTÍCULO 4. Trámite de solicitudes, El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o

indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

ARTÍCULO 5. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

Así mismo el Art 56 de la Ley 962 de 2005, "Ley Antitrámites" previó lo que referente a la racionalización de tramites respecto al Fomag:

ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

En la sentencia T- 076 de 2018 de la Corte Constitucional, se realizó una breve reseña de la posición jurisprudencial respecto a los derechos pensionales de la cónyuge y la compañera permanente, así:

... (...) 6. Breve análisis de la evolución jurisprudencial respecto a los derechos pensionales de la cónyuge y la compañera permanente

Amplia ha sido la jurisprudencia en lo que tiene que ver con el tratamiento igualitario que debe prodigársele a la cónyuge y a la compañera permanente, en asuntos pensionales, especialmente cuando aquellas se presentan a reclamar el derecho prestacional como presuntas beneficiarias. Así, previo a la promulgación de la Ley 797 de 2003, esta Corporación ya había establecido algunas pautas sobre el asunto, incluso, desde tempranos pronunciamientos.

Se había manifestado, por ejemplo, en la Sentencia T - 190 de 1993[55], que el principio de igualdad aplica entre cónyuges y compañeras permanentes porque " (..) siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio" . A su vez, la Corte expresó en el mencionado fallo que existe razonabilidad en el hecho de que, al momento de definir los beneficiarios de la prestación, el legislador haya acogido el criterio material, relacionado con la convivencia efectiva al momento de la muerte del causante, y no solo el formal, relacionado con el matrimonio[56].

Lo dicho conduce a que " (..) [t]odas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico [establece] a favor de las personas unidas en matrimonio [sean] aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal" [57]. Incluso, aquel postulado ha de ser aplicado sin que sea imprescindible la existencia de un desarrollo legal que así lo establezca. Sobre el punto, en la Sentencia T – 018 de 1997[58], hablando del artículo 42 de la Constitución Política, se dijo que: " (..) [e]n efecto, como tal norma consagra la igualdad constitucional entre las familias constituidas por vínculos jurídicos o naturales, los derechos que se originen en uniones de hecho (..), pueden ser alegados sin que para ello sea imprescindible un elaborado desarrollo legal" .

Ahora bien, una vez reconocida la igualdad de trato para las instituciones del matrimonio y la unión marital de hecho, esta Corporación llegó a afirmar, en ese primer desarrollo jurisprudencial, que podría darse el caso en que el derecho de la compañera permanente primara sobre el de la cónyuge al comprobarse que (i) en la vida de casados, no se observara " convivencia, apoyo y soporte mutuo" y (ii) tal situación sí se hubiese dado con la compañera permanente. De igual forma, estableció que si esta última, no lograba demostrar tal convivencia en los dos últimos años de vida del causante[59], tampoco podría acceder al derecho, precisamente porque no se encontraría acreditada la existencia de una " familia" , fin último que pretendía proteger la sustitución pensional[60].

En la Sentencia T – 566 de 1998[61], esta Corte concluyó que la demostración de esa convivencia con el causante en sus últimos años de vida, derivaba de dos premisas fundamentales: " (..) por un lado, de la norma constitucional que define que la familia se puede crear por vínculos naturales o jurídicos y que sus dos modalidades de creación merecen idéntica protección, y, por el otro, del objetivo que persigue la pensión de sobreviviente, cual es el garantizarle al cónyuge o compañero supérstite los recursos necesarios para mantener un nivel de vida similar al que tenía antes de la muerte del conviviente que gozaba de una pensión" . Así se observa que, en esos primeros años de jurisprudencia, fue amplio el valor que se le dio a la convivencia real entre el causante y la presunta beneficiaria de la prestación. A tal punto que este criterio fue asumido como el determinante al momento de resolver posibles conflictos que surgieran entre peticionarios[62].

Para aquella Corte, que se exigiera una convivencia mínima con el causante, obedecía a dos razones principalmente: la primera, a la protección de la familia, como ya se ha dicho; y la segunda, a la protección del patrimonio, (..) de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez" [63].

De allí que el legislador, en el marco de su libertad, y respetando siempre los principios constitucionales, tenga la potestad de definir los tiempos de la convivencia y así perseguir la finalidad señalada.

Esta igualdad en materia pensional de que gozan la cónyuge y la compañera permanente permitió abrir campo a la regulación de la situación particular en la que, existiendo un vínculo jurídico con la primera, pueda presentarse una separación de hecho y, a su vez, la presencia de la convivencia con una compañera permanente.

Situación que ya planteaba un problema constitucional si se asume que la sustitución pensional pretende la protección de la familia, pues matrimonio y unión marital de hecho subsistirían al tiempo en ese caso, y por ello no sería posible negar la prestación a la cónyuge cuando el vínculo con ella sigue vigente y, por lo tanto, subsisten obligaciones como las relacionadas con los alimentos y la ayuda mutua, pero tampoco lo sería, negar el derecho a la compañera permanente, pues, la convivencia real y efectiva debe valorarse preeminentemente.

En conclusión, es así como la jurisprudencia constitucional, al afirmar que la cónyuge y la compañera permanente estaban amparadas por el principio de igualdad, dio los primeros pasos para que el legislador, precisamente evitando cualquier superposición de la una frente a la otra, redactara la Ley 797 de 2003, en el sentido en que se expondrá en el capítulo que sigue.

7. Marco normativo y Jurisprudencial relacionado con el reconocimiento de la sustitución pensional, en casos como el presente. (Aplicación literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003)

Lo primero que debe manifestarse es que, contrario a lo expresado por el a – quo -en lo que tiene que ver con la calidad de beneficiarios-, la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional no deben cumplir requisitos distintos para que la administración proceda a estudiar su posible reconocimiento. La diferencia de estas dos instituciones radica en que, la primera de ellas, constituye

un beneficio que se otorga a los familiares del fallecido, siempre que este último, sin haberse pensionado por vejez o invalidez, haya cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones un número mínimo requerido de semanas (que según la Ley 797 de 2003, serían 50 en los tres años previos al deceso)[64]. La segunda prestación, tiene las características de una transmisión, pues, la entidad administradora de pensiones, debió reconocer y pagar una pensión de vejez o invalidez al causante y aquella es la que se traslada a sus beneficiarios, en la misma cuantía, monto e incrementos que la pensión que devengaba aquel[65].

En cualquier caso, sea cual sea la naturaleza de esta prestación (sustitución o pensión de sobrevivientes) su finalidad es la de proteger a la familia del de cujus, de los efectos adversos que, en materia económica y emocional, trae aparejada su muerte. Así, esta Corporación ha entendido que esa finalidad se halla fundada en principios constitucionales como el " (..) de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados" [66], a través del cual se evidencia la injusticia que devendría en dejar a la parte sobreviviente, soportar " las cargas materiales y espirituales" [67] en soledad. De allí que no cualquier familiar se hace merecedor de este reconocimiento prestacional, pues, es el afecto existente entre causante y beneficiarios, nacido de la cercanía y de la existencia de relaciones sólidas y duraderas, el que da pie a que aquel se produzca.

Y es en este punto donde el principio de solidaridad se manifiesta: invitando a pensar, que quien se ve desprotegido repentinamente por el fallecimiento de persona alguna, merece la protección del Estado para lograr su plena realización (no solo económica).

Sobre esta base teleológica es que la normatividad estableció quiénes podrían tener acceso a la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional. Para lo cual, la Ley 797 de 2003, en su artículo 13, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, refiriéndose al asunto, decretó que tienen derecho, entre otros: (i) la cónyuge o compañera, que teniendo más de 30 años, haya convivido con el causante por lo menos los últimos 5 años de vida de aquel, (ii) la cónyuge o compañera permanente, de manera temporal, siempre que tenga menos de 30 años de edad, (iii) en caso de convivencia simultanea durante los últimos 5 años, el derecho les corresponderá a la compañera permanente y a la cónyuge a prorrata[68], y (iv) al no existir convivencia simultánea, pero sí unión conyugal con separación de hecho y convivencia con compañera permanente, a aquellas les corresponderá una proporción de la prestación de conformidad con el tiempo de convivencia que hayan tenido con el causante, siempre que la última haya convivido con éste por más de 5 años con anterioridad a su muerte; situación establecida por el legislador por varias razones:

(i) Porque la institución del matrimonio y la de la unión marital de hecho tienen diferencias sustanciales, sin que por ello sea posible concluir discriminación alguna[69]. Quizá la diferencia sustancial de mayor entidad podría ser que el matrimonio tiene un origen contractual y vincula jurídicamente a las partes, contrato que no se da en la unión marital de hecho, lo que quiere decir que, en las dos instancias, aun cuando la cohabitación se da de forma análoga, la primera de ellas exige una ritualidad adicional, cual es la de contratar con la pareja la comunidad[70].

(ii) Porque, en lo relacionado con el régimen patrimonial de los cónyuges y/o compañeros permanentes, esta Corte ha manifestado que las diferencias que se puedan encontrar en la regulación de estas dos instituciones[71], obedece al distinto carácter de aquellas. No obstante, tales diferencias se hallan fundamentadas en criterios razonables y dependen directamente de la forma en que la pareja define las formas de la convivencia, sean estas el matrimonio o la unión marital de hecho.

(iii) Porque, y en esto el legislador puso especial atención al momento de redactar la Ley 797 de 2003, las consecuencias que trae aparejadas la figura de la separación de cuerpos en el matrimonio, que, pudiendo ser judicial o de hecho, son distintas en cada caso, así: (i) en el primer evento, se disuelve la sociedad conyugal[72], (ii) en el segundo, no ocurre tal[73].

El hecho de que no se disuelva una sociedad conyugal al momento en que se produzca una separación de hecho, hace que jurídicamente sea imposible el reconocimiento de una sociedad patrimonial cuando se inicie una nueva convivencia con otra persona. Con ello se pretende " (..) evitar la coexistencia de sociedades universales y la confusión de patrimonios" [74].

(iv) Por último, esta Corporación ha aceptado la tesis, también sustentada por la Corte Suprema de Justicia, en la que se establece que el legislador, en el marco de la libertad de que dispone para regular la materia, le era permitido establecer que una persona que, no conviviendo con el causante los últimos años de su vida, pero con quien este último mantenía una sociedad conyugal vigente derivada de la separación de hecho, fuere una de las posibles beneficiarias de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional.

Así, en las Sentencias T-090 de 2016 y T – 015 de 2017, esta Corte acogió la tesis expuesta por la Sala Laboral de ese Alto Tribunal, autoridad que interpretó la medida adoptada por el legislador, de la siguiente manera: la condición exigida para el reconocimiento pensional a la compañera permanente es que haya convivido, cuando menos, los 5 últimos años con el causante, requisito que no puede exigirse a la cónyuge, de quien el causante se separó de hecho, precisamente porque la institución de la separación implica la no continuidad en la convivencia. Empero, justamente para cumplir con la finalidad de la norma, que es la de otorgar el beneficio pensional a quien demuestre la convivencia efectiva, la cónyuge en ese caso debe comprobar que convivió al menos 5 años con el causante, en cualquier tiempo[75].

En síntesis, tanto la Ley 797 de 2003, como la jurisprudencia constitucional, han admitido que en aquellos casos en que respecto de un causante existe: (i) una cónyuge supérstite, con quien hubo separación de hecho, pero cuya sociedad conyugal nunca fue disuelta y (ii) una compañera permanente con quien convivió 5 o más años con anterioridad a su fallecimiento, la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional –según sea el caso-, debe reconocerse a aquellas en proporción al tiempo compartido con el causante (sin perjuicio de que existan otros beneficiarios con igual derecho, v. gr., hijos menores de edad, en condición de invalidez o mayores de edad que tengan la calidad de estudiantes).

DEL CASO EN CONCRETO

Analizada en conjunto la normatividad referida anteriormente, es claro que la entidad que represento al no tener certeza respecto de quien cuenta con mejor o igual derecho, se decide suspender la sustitución de la pensión del señor **FERNANDO RICO VIDAL (Q.E.P.D)** quien se identificaba en vida con la Cédula No. 3.176.304 para que sea un Juez de la República quien determine en qué porcentaje y de acuerdo a lo probado en el proceso se debe conceder la misma a las señoras **PIEDAD DELGADO GALINDO** y **NANCY MIREYA QUINTERO PARRA**, igualmente, es importante resaltar su señoría, que si bien es cierto la Secretaría interviene en la elaboración o proyección del acto administrativo de la sustitución solicitada, no lo es menos que es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio quien aprueba el mismo y la Fiduprevisora como administradora de esa cuenta especial y a quien compete el análisis sobre el pago de sustitución de la pensión hoy objeto del presente proceso, en esa medida la Única intervención que efectúa la entidad territorial llamada a juicio es en la elaboración y remisión del acto administrativo que en ultimas es aprobado autos por el Fondo quien tiene a su cargo el pago la pensión de los docentes.

Por lo que en esa medida la entidad que represento no esta llamada ni obligada a responder por lo pretendido en este juicio por la parte demandante.

JCR
ABOGADOS

IV. DE LAS EXCEPCIONES

Como consecuencia de los presupuestos expuestos en el capítulo que precede, me permito proponer las siguientes:

EXCEPCION PREVIA

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. Excepción que tiene como fundamento los siguientes argumentos: Si bien es cierto la excepción de la legitimación en la causa por pasiva, en este tipo de procesos no constituye excepción de fondo solicito se tenga en cuenta que la Secretaria de Educación Distrital no es quien autoriza ni determina a quien ni cómo debe reconocerse la pensión de jubilación. Legitimación de hecho en la causa se entiende como la relación procesal, la cual establece que se entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de está al demandado. Quien cita a otro y endilga a otro la conducta causante de la demanda, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se atribuya acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

La legitimación material en la causa alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas.

La legitimación material en la causa activa y pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado.
La falta de legitimación material en la causa por activa o por pasiva, no enerva la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo. Sin más, si la legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo, porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable, al ser una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.

La secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha transferido la administración del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, no puede entrar a variar los factores y mucho menos conciliar los efectos patrimoniales de los actos administrativos, y aquellos dineros no le pertenecen.

A continuación, se citan las normas pertinentes que refuerzan el planteamiento anterior:

Ley 91 de 1989. Art. 2 numeral 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley son de cargo de la Nación y serán pagados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Decreto 2831 de 2005. La Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional del fondo nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho fondo.

Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los Cursos del Fondo y conforme con los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicios y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior.

Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo, suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo, de acuerdo con las leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adiciones o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

Remitirá la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con lo constancia de ejecutoria para efecto de pago y dentro del os 3 días siguientes a que se encuentre en firme."

El H. Consejo de Estado[1], en providencia de fecha 16 de agosto de 2018, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial en los términos que se citan a continuación.

"Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta especial de la nación, por ser en cabeza de quién se encuentra el patrimonio autónomo creado por la Ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarias de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la prestación social - cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales".

Por lo anteriormente señalado se encuentra llamada a prosperar la excepción propuesta

EXCEPCIONES DE FONDO.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION

[1] 1 consejo de Estado. sección segunda- subsección B, sentencia 16 de agosto de 2018- radicado 2016 1237-01, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez

JCR
ABOGADOS

Teniendo en cuenta que de acuerdo con la normatividad vigente no le asiste el derecho a la parte demandante de lo aquí pretendido y en esa medida no existe ninguna obligación por parte de la secretaria de Educación de Bogotá a reconocer la RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN de la hoy demandante y en la medida que por su vinculación no es posible ni está previsto en las normas que regulan sus asignaciones que deba pagársele los emolumentos reclamados.

LEGALIDAD DELOS ACTOS ACUSADOS.

Fundo la presente excepción en los siguientes motivos: El artículo 88 del C.P.A.C. A contempla:
Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Conforme ha sido reiterado en numerosas oportunidades por las Altas Cortes se entiende que la presunción de legalidad del acto administrativo hace referencia a "la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de "legalidad", de "validez", de "juridicidad" o pretensión de legitimidad.

En el mismo sentido, se ha manifestado que la presunción de legalidad del acto administrativo es "la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción"

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad de este.

Al respecto vale la pena finalizar reiterando lo expresado en el acápite de razones y fundamentos de derecho en el sentido de que las normas aplicables al caso concreto de la demandante son aquellas que en efecto; ha contemplado la entidad demandada.

V. SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL DEBIDO CONTRADICTORIO

Su señoría respetuosamente solicito que vincule a la señora NANCY MIREYA QUINTERO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.668.614, como parte pasiva dentro del presente proceso, ya que es la otra señora que manifiesta tener igual o mejor derecho que la hoy demandante, respecto de la pensión de sustitución hoy reclamada.

Dentro del expediente la misma informa que puede ser notificada en la calle 38 numero 58 25 apartamento 305 edificio colina campestre y correo electrónico: nancyQP@hotmail.com,

JCR
ABOGADOS

ya que al parecer el señor murió en Soacha y la demandante reside en Ibagué y la señora Nancy en Canadá, y ninguna cuenta con hijos menores de edad.

VI. PRUEBAS

El expediente administrativo.

VI. ANEXOS

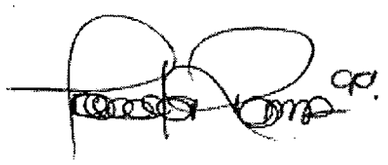
Poder otorgado por la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá y anexos
Sustitución de poder.
Lo anunciado en el acápite de pruebas.

VII. NOTIFICACIONES

A la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá a través de buzón de notificaciones judiciales.

A la suscrita apoderada en la Calle 73 No. 10-10 Oficina 304, correo de notificaciones: notificacionesjcr@gmail.com, número de celular: 3106770488

Cordialmente,



ALBA MARCELA RAMOS CALDERÓN
C.C No. 38.144.746 de Ibagué
T.P. 153.593 del C. S. De la J

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 0528

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

APR

ORIGINAL

ABOGADOS

Experiencia traducida en seguridad

2020 FEB 26 A 10:29

33 fls

RECIBIDO

Honorables Magistrados:
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUB SECCIÓN B
M.P. Luis Gilberto Ortegón Ortegón
E. S. D.

RADICADO:	**25000234200020190052**8
DEMANDANTE:	**LIGIA ESTHER GARZON PINZÓN**
DEMANDADO:	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**
ASUNTO:	**CONTESTACIÓN DEMANDA**
PROCESO:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ALBERTO PULIDO RODRÍGUEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en nombre y representación de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, entidad pública del orden nacional, identificada con el NIT 900.373.913-4 con domicilio en la ciudad de Bogotá, de conformidad con el poder general otorgado mediante escritura pública 1675 del 16 de marzo de 2016 por el Doctor CARLOS EDUARDO UMAÑA LIZARAZO, en calidad de Director Jurídico y Apoderado Judicial de la Entidad, por medio del presente escrito procedo en esta instancia procesal y dentro del término legal a **CONTESTAR LA DEMANDA** de conformidad con la normatividad procesal vigente, con fundamento en lo siguiente:

I. A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena perseguidas por la parte demandante, por las razones que se exponen en la presente contestación, teniendo en cuenta que mi representada ha actuado conforme al régimen jurídico aplicable al caso.

II. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Con relación a los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda, los contesto así:

AL HECHO 1: No me consta, es un hecho que debe ser probado por la parte demandante, pues radica exclusivamente en cabeza del empleador.

AL HECHO 2: : No me consta, es un hecho que debe ser probado por la parte demandante, pues radica exclusivamente en cabeza del empleador.

AL HECHO 3: : No me consta, es un hecho que debe ser probado por la parte demandante, pues radica exclusivamente en cabeza del empleador.

Es cierto, sin perjuicio de ser corroborado con la Resolución RDP 045663 del 4 de diciembre de 2017.

AL HECHO 4: : No me consta, es un hecho que debe ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 5: Es cierto, según los actos administrativos que reposan en la carpeta administrativa del expediente, sin perjuicio de ser corroborado con la Resolución RDP 023310 del 21 de junio de 2018.

AL HECHO 6: Es cierto, según los actos administrativos que reposan en la carpeta administrativa del expediente, sin perjuicio de ser corroborado con la Resolución RDP 023310 del 21 de junio de 2018.

AL HECHO 7: Es cierto, según los actos administrativos que reposan en la carpeta administrativa del expediente, sin perjuicio de ser corroborado con la Resolución RDP 023310 del 21 de junio de 2018.

AL HECHO 8: No me consta, es un hecho que debe ser probado por el demandante.

AL HECHO 9: Es cierto, según los actos administrativos que reposan en la carpeta administrativa del expediente, sin perjuicio de ser corroborado con la Resolución RDP 029721 del 23 de julio de 2018.

AL HECHO 10: Es cierto, según los actos administrativos que reposan en la carpeta administrativa del expediente, sin perjuicio de ser corroborado con la Resolución RDP 043696 del 8 de noviembre de 2018.

AL HECHO 11: No me consta, es un hecho que debe ser probado por la demandante.

AL HECHO 12: No me consta, es un hecho que debe ser demostrado por la demandante.

AL HECHO 13: No me consta, es un hecho que debe ser demostrado por la demandante.

AL HECHO 14: Es cierto, según la documentación que reposa en la carpeta administrativa del expediente.

AL HECHO 15: No me consta, es un hecho que debe ser demostrado por la demandante.

AL HECHO 16: No me consta, es un hecho que debe ser demostrado por la demandante.

AL HECHO 17: No es un hecho, es una argumentación del demandante respecto del agotamiento de la vía gubernativa.

EXCEPCIONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**

Para desatar el asunto, debe en primer lugar recordarse que la indemnización sustitutiva de vejez fue creada a través del artículo 37 de la ley 100 de 1993, para aquellos trabajadores que, teniendo la edad suficiente para acceder a la pensión de vejez, no hayan podido cotizar el mínimo de semanas exigidos y declaren la imposibilidad de seguir cotizando.

Igualmente es del caso resaltar que dicho beneficio fue consagrado únicamente para los afiliados al Sistema de Seguridad Social, en la modalidad del régimen de prima media con prestación definida, interpretación que ha sido realizada por el Consejo de Estado, en distintos pronunciamientos, entre otros, el de fecha diez de diciembre de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, dentro del radicado 25000-23-15-000-2009-01608-01, en el que se sostuvo:

21

"(...) a juicio de la Sala el accionante no reúne los requisitos antes mencionados, toda vez que nunca realizó cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales para el reconocimiento de una pensión de vejez. Sobre este particular, la jurisprudencia constitucional ha insistido en la necesidad de que las personas que pretendan hacerse beneficiarias de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, deben o han debido estar afiliadas al régimen de prima media con prestación definida del sistema general de pensiones. (...)"

Así mismo, el Decreto 1730 de 2001 en su artículo 2 establece:

"Cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado. En caso de que la Administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales. En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la Caja o Fondo que reconozca las pensiones. Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993".

Es del caso indicar que la liquidación de la INDEMNIZACION SUSTITUTVA se hace con base en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala:

a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
d) las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical y festivo.
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
g) La bonificación por servicios prestados.

En ese orden de ideas, conforme a la ley únicamente los factores establecidos en el articulado anterior se tendrán en cuenta para liquidar INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

Sea del caso agregar que las normas aplicables al caso que nos ocupa, en cuanto a la determinación del Ingreso Base de Liquidación, son las contenidas en el Decreto 1158 de 1994, norma que fue encontrada exequible por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013, porque tiene como finalidad establecer la base de cotización para la seguridad social y no un régimen salarial, indicando adicionalmente que el legislador tiene plenas facultades para establecer los factores salariales con incidencia pensional.

Adicionalmente, mediante sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 con Radicado 201200143, rectificó la posición sentada en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 y determinó respecto a la interpretación correcta del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que el IBL establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte integral del régimen de transición. Así como que los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el IBL del derecho pensional son únicamente

92

aquellos sobre los cuales se hayan efectuado las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Por lo tanto, incluir factores que no fueron contemplados en la normativa aplicable al caso sería contrariar el ordenamiento jurídico y desconocer la voluntad del legislador.

Ahora bien, respecto a la liquidación de la prestación es necesario indicar que mediante la Resolución No. RDP 23310 del 21 de junio de 2018 fueron tenidos en cuenta cada uno de los factores descritos en el Decreto 1158 de 1994 que fueron cotizados para pensión por el causante y certificados por la entidad empleadora.

Así las cosas, la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de vejez se encuentra acorde a derecho, toda vez que se ingresaron todos los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994 y se efectuó con las fórmulas pertinentes para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, como lo es la consagrada en la normatividad ya citada.

Por todo lo anterior, solicito de manera respetuosa se absuelva a mi representada de toda condena.

- **PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR LA ENTIDAD DE PENSIONES**

Los actos administrativos se encuentran amparados por la presunción de legalidad, así que le corresponde a la parte demandante la carga de la prueba para desvirtuarla. A estos efectos, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo señala claramente las causales por las cuales procede la solicitud de nulidad de los actos administrativos, las cuales deben probarse.

En ese sentido, el acto administrativo es la forma en que el Estado manifiesta su voluntad y, de conformidad con la ley, esta manifestación de voluntad tiene presunción de legalidad. La cual cobija tanto las formalidades requeridas para su formación como la materia objeto del acto, en lo que atañe a los fundamentos de hecho y de derechos.

- **PAGO**

Solicito muy respetuosamente, sin que por el solo hecho de interponer la presente excepción se acepten los hechos y fundamentos de derecho de la demanda, en caso de existir una sentencia condenatoria se declare que mi mandante ha realizado el pago de la indemnización sustitutiva.

- **COMPENSACIÓN**

Adicional a lo expresado, se solicita que en caso de encontrarse a la entidad que represento como responsable de algún pago adicional a favor de la demandada, se tenga en cuenta por el despacho que ya se han efectuado pagos a favor de esta, conforme a las Resoluciones emitidas por la UGPP y los hechos de la demanda.

- **PRESCRIPCIÓN**

Deben declararse prescritas todas aquellas pretensiones que se hayan incoado y sobre las cuales opere el fenómeno prescriptivo.

- **INNOMINADA O GENERICA**

Todas aquellas que por no requerirse formulación expresa y que sean encontradas en el trámite del proceso, deban ser declaradas por el señor juez.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Ley 100 de 1993
2. Ley 1437 de 2011
3. Las demás normas o jurisprudencias que su Señoría considere aplicables al caso particular.

IV. ANEXOS

1. Un CD, con el expediente administrativo del caso. Clave de Seguridad para acceso a Antecedentes Administrativos es: **1m2g3n3sugpp**.
2. Poder debidamente conferido

V. NOTIFICACIONES

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP en la Av. Calle 26 # 69B- 45 piso 2 – Bogotá D.C.

El suscrito en la Carrera 7 No. 16 – 56 Piso 8° Oficina 801 Ed. Calle Real de Bogotá. Correo electrónico: apulidor@ugpp.gov.co o notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

Del Señor Juez,

ALBERTO PULIDO RODRÍGUEZ
C.C. No. 79.325.927 de Bogotá
T.P. No. 56.352 del Consejo Superior de la Judicatura

Proyectó: CPOM
Revisó: PEPM

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 0546

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

0.*20206000396741*
Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20206000396741
Fecha: 13/08/2020 04:37:32 p.m.

Bogotá D.C.

Honorables Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA – SUBSECCIÓN B
Magistrado Ponente:
Dr. **LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN**
E. S. D.

Ref.:	Expediente No.	25000-23-42-000-2019-00546-00
	Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
	Accionante:	María Yeni Aristizábal Cubides
	Accionados:	Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Departamento Administrativo de la Función Pública – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
	Tema:	Nivelación salarial
	Asunto:	**Contestación demanda.**

ADRIANA MARCELA ORTEGA MORENO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.013.607.950 de Bogotá, Abogada inscrita, portadora de la Tarjeta Profesional No. 273.576 del C.S. de la J., obrando en nombre y representación del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, dentro del término legal, me permito dar contestación a la demanda de la referencia en los siguientes términos.

ACLARACIÓN PRELIMINAR PARA EVITAR LA CONFIGURACION DE UNA NULIDAD

Sea lo primero advertir que la señora María Yeni Aristizábal Cubides afirma en su escrito de demanda ser empleada de la Rama Judicial[1] y, en tal consideración, encausa a Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Sin embargo, por un error de digitación en el auto admisorio de fecha 28 de agosto de 2019 se ordena la notificación de la Fiscalía General de la Nación, y no de la Rama Judicial, que es la legitimada por pasiva; asunto que sin lugar a dudas puede dar lugar a la nulidad de todo lo actuado, en tanto que no se vincula al proceso a la entidad empleadora de la accionante (Rama Judicial), quien en caso de prosperar los suplicas de la demanda sería la llamada a atender el pago de la nivelación salarial reclamada, lo cual exige, en mi respetuoso entender, que la Honorable Corporación que conoce del proceso corrija oficiosamente el auto admisorio de la demanda, ordenado la exclusión de la Fiscalía General de la Nación, y la vinculación de la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como entidad empleadora de la accionante y, consecuentemente, dar un nuevo traslado a la Rama Judicial y a las demás entidades accionadas, subsanando así la actuación. Además, debe ser corregido en el auto admisorio el número de radicación del proceso, pues no es el 25000-23-42-000-2019-00027-00, como allí se anota, que corresponde a

[1] Empleada subalterna de la Rama Judicial.

un proceso de la señora Gloria Elsy Peña contra el Ministerio de Defensa, sino el 25000-23-42-000-2019-00546-00, como se identifica en la página de la Rama Judicial.

No obstante, en el caso de que la Corporación decida no acceder a la corrección oficiosa del citado auto en los términos anotados, respetuosamente propongo la nulidad del auto admisorio de fecha 28 de agosto de 2019 por las causales contempladas en los numerales 4 y 8 del artículo 133 del Código General del Proceso y, además, de las actuaciones subsiguientes que de él mismo dependan, en tanto que es clara la indebida representación de la Rama Judicial y la ausencia de notificación de la demanda a la entidad empleadora de la accionante (Rama Judicial), quien ciertamente expidió el acto demandado[2] y cuenta con sus propias autoridades para los propósitos de su defensa (artículo 99 de la ley 270 de 1996), sin que pueda trasladarse dicha responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, sin estar legitimada por pasiva en el presente proceso, pese a pertenecer a la misma Rama Judicial.

1. CONSIDERACIONES

1.1. Trámite procesal:

La señora María Yeni Aristizábal Cubides, por conducto de apoderado, promovió demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la Nación – Presidencia de la Republica – Ministerio de Justicia y del Derecho – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Departamento Administrativo de la Función Pública – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el propósito de obtener las siguientes:

PRETENSIONES:

Declaraciones:

1. La nulidad del acto administrativo expreso contenido en la **Resolución No. 2784 de 09 de marzo de 2016**, expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, notificada el 6 de abril del mismo año; y de los **actos administrativos fictos o presuntos negativos** de la Presidencia de la Republica – Ministerio de Justicia y del Derecho – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Departamento Administrativo de la Función Pública, provenientes del silencio de la Administración, que negaron los derechos reclamados por la actora en su derecho de petición de 22 de febrero de 2016.

Condenas:

Que como consecuencia de las declaraciones anteriores:

2. **Se ordene al Alto Gobierno[3] revisar e implementar conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992** el sistema de remuneración salarial de los empleados subalternos activos de la Rama Judicial, incluidos los empleados de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, decretando la nivelación o reclasificación de los empleos desempeñados por la actora hasta la fecha y los que llegue a ocupar en adelante, atendiendo criterios de equidad, a la luz del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 Superior, tal como lo hizo con algunos funcionarios judiciales (Magistrados y Fiscales Delegados de Tribunal), en el Decreto 610 de 1998, reconociéndoles por concepto de bonificación por compensación un 60% (1999), 70% (2000) y 80% (2001) de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de Alta Corte (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura), y en relación con los empleados del régimen optativo de tales

[2] Resolución No. 2784 de 09 de marzo de 2016.

[3] Representado, a decir de la accionante, por Presidencia de la Republica – Ministerio de Justicia y del Derecho – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Departamento Administrativo de la Función Pública y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

instituciones, a los cuales a través de los Decretos 382, 383 y 384 de 2013 les fue reconocida una nivelación salarial que está judicialmente cuestionada en acciones de nulidad que se tramitan en la Sección Primera del Consejo de Estado, en los cuales solo reconoce una presunta nivelación que denominan Bonificación Judicial con vigencia a partir del 1° de enero de 2013 y pagadera en cinco años.

3. Se condene al Alto Gobierno[4] y al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a darle estricto y cabal cumplimiento al parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, decretando (por primera vez) respecto de la accionante[5] la nivelación o reclasificación de los empleos por él desempeñados y los que llegue a ocupar en adelante, con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1999, en la misma forma y proporción otorgada a los funcionarios judiciales (Magistrados, Fiscales Delegados de Tribunal y sus equivalentes), quienes de conformidad con el Decreto 610 de 1998, tienen derecho al reconocimiento de la bonificación por compensación que les permitió devengar el equivalente al 60% (1999), 70% (2000) y 80% (2001) de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de Alta Corte (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura), cuando con anterioridad al año de 1999 la proporción de los ingresos entre dichos cargos era del 44%.

   3.1. Reconocer al accionante, desde el 1° de enero de 1999 y hasta la fecha de su retiro definitivo del servicio, un ajuste a sus ingresos laborales en una suma superior, o por lo menos igual a cuatro (4) veces de lo que les fue asignado como remuneración, en el año de 1998 en los cargos en que ese año ocupó, o en los que desempeñó hasta cuando se produjo su retiro del servicio activo de la rama Judicial y/o de la Fiscalía General de la Nación;

   3.2. Reconocer al accionante, desde el 1° de enero de 1999 y hasta la fecha de su retiro definitivo del servicio, un ajuste a sus ingresos laborales en las mismas veces en que haya sido aumentado desde el 1 de enero de 1999 el ingreso mensual de los Magistrados de Tribunal, al momento en que se lleve a cabo la aludida nivelación o reclasificación salarial, como única manera de aplicar en forma real, correcta y equitativa el criterio de equidad y justicia contemplados en el parágrafo del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, a la luz del derecho fundamental a la igualdad (art. 13 C.P.), en tanto que los Magistrados desde el año de 1998 se han visto beneficiados por más de cinco aumentos salariales que no aplicaron al personal subalterno de la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación en situación de retiro.

4. Que la nivelación o reclasificación salarial propuesta también constituya factor salarial para efectos de reliquidar la pensión.

5. Que las sumas reconocidas como retroactivo producto del decreto de nivelación salarial o reclasificación de empleos, se actualicen o indexen a valor presente desde la fecha en que se hicieron exigibles (1 de enero de 1999).

6. Se condena a las demandadas al pago de intereses en los términos del artículo 195 del CPACA.

7. Se orden la actualización de las condenas en los términos del artículo 187 del CPACA.

8. Se dé cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

La cual fe **admitida** por el Despacho, mediante auto de fecha 28 de agosto de 2019, que fue objeto de aclaración al inicio de la presente contestación

2. FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA

Si bien no resulta censurable que los servidores públicos aspiren a una mejor retribución y al desempeño de un mejor cargo público, lo cierto es que la demanda de nulidad y restablecimiento

[4] Representado, a decir de la accionante, por Presidencia de la Republica – Ministerio de Justicia y del Derecho – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Departamento Administrativo de la Función Pública.
[5] Empleado subalterno de la Rama Judicial.

promovida por la señora María Yeni Aristizábal Cubides solo resultaría viable y pertinente en el hipotético caso de existir previamente a la presentación de la acción una reforma estructural del régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial que, de una parte, derogue los decretos 51, 53 y 57 de 1993, -que dieron cumplimiento a la nivelación ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 para el personal subalterno de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación-, y, de otra, que haga extensivo el régimen de la Bonificación por Compensación de los Decretos 610 y 1239 de 1998 a los empleados subalternos de la Rama Judicial, en tanto que la misma solo está prevista para los Magistrados de Tribunal y sus equivalentes; reforma que, además, habría tenido que señalar que esa extensión produce efectos retroactivo al 1° de enero de 1999, y sin aplicar la figura jurídica de la prescripción trienal.

Como quiera que dichas hipótesis son materialmente inexistentes, en tanto que: **i).** El Gobierno Nacional efectivamente efectuó la nivelación y reclasificación de los empleos subalternos de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial a través de los Decretos 51, 53 y 57 de 1993, es decir, hace más de 26 años; **ii)** que la bonificación por compensación prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998 encuentra como únicos destinatarios a los Magistrados de Tribunal y sus equivalentes; **iii).** Que el Convenio OIT 111 de 1958[6], relativo a la discriminación en materia de empleo público y ocupación, hizo la salvedad de que: *"las distinciones, exclusiones o preferencias (salariales) basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación"*; **iv).** Que en el artículo 53 Superior el Constituyente precisó que el salario debe ser proporcional a la cantidad y "calidad" del trabajo; **v).** Que en los artículos 2° y 3° de la Ley 4ª de 1992, el Legislador preceptuó que la determinación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos a cargo del Gobierno Nacional, debe atender, entre otros criterios, al "nivel", "rango", "categoría" y "estructura de los empleos, es decir, a la "naturaleza de las funciones", sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño; **vi).** Que en el artículo 13 del Decreto 1042 de 1978, el Gobierno nacional, fungiendo como Legislador extraordinario, estableció que la asignación mensual correspondiente a cada empleo estará determinada por la "complejidad" de sus "funciones, atribuciones, deberes y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio"; **es claro que** los empleados y exempleados subalternos de la Rama Judicial, -incluida la señora María Yeni Aristizábal Cubides-, y de la Fiscalía General de la Nación, no pueden reclamar como propio el régimen salarial de los Magistrados de Tribunal y sus equivalentes, ni pretender la extensión de un régimen de bonificación por compensación que no les pertenece (Decreto 610/98), o que se les cuadriplique el salario del año de 1998, restricciones que obviamente impiden la prosperidad de las infundadas y exóticas pretensiones de la demanda.

De otra parte, conviene reseñar que el Decreto 610 de 1998 no encuentra su fuente normativa en el parágrafo artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, sino en las normas generales de la Ley 4ª de 1992[7], razón por la cual mal puede la señora María Yeni Aristizábal Cubides, sin incurrir en una grave imprecisión, alegar un trato desigual o discriminatorio entre Magistrados de Tribunal[8] (funcionarios) y personal subalterno (empleados) por el hecho de la consagración del régimen de "bonificación por compensación" a favor de los primeros, más aun cuando la nivelación salarial y la reclasificación de estos últimos ya fue desarrollada por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 51, 53 y 57 de 1993, asunto que será explicado con claridad en el acápite siguiente de la presente contestación.

Tampoco puede alegar la accionante que la nivelación del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 fue desarrollado por los Decretos 383, 383 y 384 de 2013, pues, se repite, esta fue cumplida a través de los Decretos 51, 53 y 57 de 1993, es decir, 20 años antes de que se expidieran los primeros que, además, son producto de un paro judicial llevado a cabo por los

---

[6] Aprobado por ley 22 de 1967.
[7] Como puede ser verificado en el texto del citado Decreto 610 de 1998.
[8] Y sus equivalentes en la Fiscalía General de la Nación.

empleados de la Rama en el año de 2012, asunto que igualmente será explicado con suficiencia más adelante.

Sin embargo, el anterior señalamiento de nulidad planteado en la demanda encierra una clara y abierta contradicción en la medida en que el actor al tiempo de afirmar que el Gobierno no ha cumplido la nivelación del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, sostiene, al mismo tiempo, que la misma ya se cumplió para los empleados del régimen salarial optativo a través de los Decretos 382, 383 y 384, para lo cual basta consultar el contenido del numeral segundo de las pretensiones de la demanda:

> "2. (...) **se ordene al Alto Gobierno (...) y la Rama Judicial, revise e implemente conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 el sistema de remuneración salarial del empleado subalterno activo de la Rama Judicial** (...), tal como lo hizo con algunos funcionarios judiciales (...) a través del Decreto 610 de 1998 (...) y en relación con los empleados de las mismas instituciones atrás nombradas del régimen optativo de tales instituciones, llamados del régimen nuevo o acogidos, **a los cuales a través de los Decretos 382, 383 y 384 proferidos el 6 de marzo de 2013 (...) les decretaron una nivelación salarial...**".

En este sentido, debe indicarse que la existencia de regímenes salariales especiales o diferenciados en las distintas ramas e instituciones públicas no comporta una violación del principio de la igualdad, en cuanto fue voluntad del propio Constituyente que el Gobierno Nacional, en desarrollo de una ley marco de salarios, señalará el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores del Estado, incluidos Magistrados y personal subalterno de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la nación, atendiendo a las situaciones que los particularizan (art. 150-19 Superior).

Por esta razón, las personas vinculadas a la Rama Judicial y a las demás organizaciones estatales deben someterse integralmente al régimen salarial y prestacional establecido por el Gobierno Nacional para ellas, sin que, entonces, el personal subalterno activo de la Rama Judicial o de la Fiscalía General de la Nación pueda[9] válidamente apelar al régimen salarial de los Magistrados de Tribunal o de sus equivalentes en la FGN a otro por considerarlo más favorable a sus intereses; pues, en tales condiciones, se generaría un tercer régimen que desvertebraría y desnaturalizaría los anteriores y, de contera, el sistema salarial colombiano.

Además, no resulta lógico ni jurídico que una persona que, según lo expresa la enjuiciada Resolución No. 2784 de 09 de marzo de 2016, expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, labora o laboraba al servicio de la Rama Judicial como empleada subalterna activa de la Rama Judicial (Corte Constitucional), y se beneficia o se benefició del régimen aplicable a ese grupo activo de empleados subalternos, pretenda, en estos momentos, que se le extienda y aplique el régimen salarial o prestacional de los Magistrados de Tribunal o uno o varios de sus componentes (bonificación por compensación), olvidando que la situación de uno y otros servidores es sustancialmente distinta, como bien lo han entendido y explicado de manera uniforme y reiterada la jurisprudencia de nuestras más Altas Corporaciones Judiciales, veamos:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, en Sentencia del 2 julio de 2008, Rad. N° 21565, expresó lo siguiente:

> "...Por último, en lo referente a la supuesta violación al derechos de la igualdad, con base en el cual se concedió el amparo, observa la Sala que **los accionantes pretenden que se les dé el mismo tratamiento concedido a los beneficiados con el decreto 610 de 1998, pero resulta evidente que son situaciones muy diferentes**, pues los funcionarios judiciales beneficiados con esa norma ocupan cargos de mayor jerarquía, que exigen mayor responsabilidad, experiencia, dedicación y conocimientos, respecto de los cuales los accionantes no demuestran estar en igualdad de condiciones...". (Se destaca).

La Corte Constitucional en la Sentencia T-1497 de 2000, expresó:

---

[9] Como en el caso en estudio.

"... [e]n cuanto se refiere a la violación del derecho a la igualdad alegada por el accionante, observa esta Sala que **el actor pretende obtener mediante la presente tutela, el que se le dispense el mismo tratamiento otorgado a los funcionarios beneficiados con la bonificación por compensación establecida en el Decreto 664 de 1999**, de donde se sigue que el parámetro de comparación está determinado por los mencionados funcionarios. En el presente caso se hace evidente que **nos encontramos frente a situaciones fácticas distintas, pues los funcionarios judiciales beneficiados por la bonificación desempeñan cargos de mayor jerarquía**, que exigen mayores calidades y requisitos, ejercen funciones de gran responsabilidad que requieren de mayor experiencia, dedicación y conocimientos que el desempeñado por el accionante, es decir, las situaciones y condiciones son diferentes **lo que justifica un tratamiento diferenciado.** Así lo reconoció esta Corporación cuando en sentencia T-221 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), afirmó:

"Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta que concluye con el principio según el cual **no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos**. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.". (Se destaca).

"Por lo anteriormente expuesto, se confirmarán los fallos proferidos por los operadores jurídicos de instancia (...) **por no encontrarse violación alguna al derecho a la igualdad**...".

La misma Corporación en Sentencia SU-037 de 2009, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, expresó:

"...Para ello, la Sala de Revisión consideró que **los funcionarios judiciales beneficiados por la bonificación desempeñan cargos de mayor jerarquía** que exigen mayores calidades y requisitos, ejercen funciones de gran responsabilidad que requieren de mayor experiencia, dedicación y conocimientos que el desempeñado por el tutelante, lo que conlleva a advertir que las circunstancias y condiciones son diferentes, **ante las cuales se justifica un tratamiento diferenciado**...[10]". (Se destaca).

Por su parte, el H. Tribunal Administrativo del Huila, Sala Tercera de Decisión, en sentencia de fecha 16 de abril de 2008, M.P. Dr. Enrique Dussán Cabrera, Radicación No. 2008-00151, Actor: Genero Cruz Ramírez, Acta No. 0444, expresó:

"...De otro lado, en cuanto se refiere a la violación del derecho a la igualdad alegada por el accionante, observa esta Sala que **el actor pretende obtener mediante la presente tutela, el que se le dispense el mismo tratamiento otorgado a los funcionarios beneficiarios con la bonificación por compensación establecida en el Decreto 664 de 1999**, de donde se sigue que el parámetro de comparación está determinado por los mencionados funcionarios. **En el presente caso se hace evidente que nos encontramos frente a situaciones fácticas distintas, pues los funcionarios judiciales beneficiados por la bonificación desempeñan cargos de mayor jerarquía**, que exigen mayores calidades y requisitos, ejercen funciones de gran responsabilidad que requieren de mayor experiencia, dedicación y conocimientos que el desempeñado por el accionante, es decir, las situaciones y condiciones son diferentes lo que justifica un tratamiento diferenciado...".(Se resalta).

Todo lo cual demuestra que el tratamiento diferenciado entre los Magistrados de Tribunal y los demás funcionarios y empleados subalternos de la Rama Judicial y Fiscalía General de la nación no constituye un trato ilegal o arbitrario, sino que ello responde a la «naturaleza», el «tipo», la «calidad» de las funciones o tareas desempeñadas por los primeros; justificando un trato salarial y prestacional diferenciado frente a los segundos.

En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico el mencionado parámetro o criterio de diferenciación fue incorporado por el Constituyente, el Legislador y el Gobierno Nacional de la siguiente manera:

- En el artículo 53 de la Constitución, el Constituyente señaló, que el salario debe ser proporcional a la cantidad y «calidad» del trabajo;

- En los artículos 2º y 3º de la Ley Marco 4ª de 1992, el legislador preceptuó que la determinación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos a cargo del

[10] Esta línea de interpretación fue reiterada, entre otras, en las Sentencias T-151 de 2001[10] -Sala Novena de Revisión-, T-031 de 2002[10] -Sala Cuarta de Revisión-, T-105 de 2002[10] -Sala Primera de Revisión-, T-1120 de 2002[10] -Sala Tercera de Revisión-, T-119 de 2003[10] -Sala Séptima de Revisión-, T-725 de 2003[10] -Sala Primera de Revisión-, T-1098 de 2004[10] -Sala Octava de Revisión- y T-559 de 2006[10] -Sala Primera de Revisión-.

101

Gobierno Nacional, debe atender, entre otros criterios, al «nivel», «rango», «categoría» y «estructura» de los empleos, es decir, a la «naturaleza de las funciones», sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño; y por supuesto, a la «racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad».

- En el artículo 13 del Decreto Ley 1042 de 1978, el Gobierno Nacional, fungiendo como legislador extraordinario, estableció que la asignación mensual correspondiente a cada empleo estará determinada por la «complejidad» de sus «funciones, atribuciones, deberes y responsabilidades», así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio.

Lo cual permite ratificar la legalidad del Decreto 610 de 1998 y su inaplicación a los empleados subalternos de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, incluida la señora María Yeni Aristizábal Cubides.

Si bien los anteriores precedentes y argumentos resultan más que suficientes para despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, más aún cuando la Accionante no busca, en realidad, el cumplimiento o implementación del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, sino la complementación del Decreto 610 de 1998, para hacer extensivo el régimen de bonificación por compensación a los empleados subalternos de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación u obtener un tratamiento salarialmente semejante, como se infiere del texto de las pretensiones 2ª y 3ª de la demanda que apunta a lo siguiente:

> ""2. (...) **se ordene al Alto Gobierno (...) revise e implemente conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 el sistema de remuneración salarial de la empleada subalterna activa de la Rama Judicial** (...), tal como lo hizo con algunos funcionarios judiciales (Magistrados...) a través del Decreto 610 de 1998...".
>
> "3. (...) Se condene al Alto Gobierno Nacional (...) y Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a **darle estricto y cabal cumplimiento al parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, decretando (por primera vez) respecto de mi poderdante (...) la nivelación o reclasificación** de los empleos por él desempeñados y en adelante, con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1999, aplicando el derecho de igualdad de que trata el art. 13 de la Constitución Política, **en la misma forma y proporción otorgada a los funcionarios judiciales (Magistrados, Fiscales Delegados de Tribunal y sus equivalentes), quienes de conformidad con el Decreto 610 de 1998** (...).

Y de su numeral 3.2:

> "3.2. **Reconocer a mi poderdante,** desde el 1° de enero de 1999, **un ajuste a sus ingresos laborales en las mismas veces en que haya sido aumentado desde el 1 de enero de 1999 el ingreso mensual de los Magistrados de Tribunal**, al momento en que se lleve a cabo la aludida nivelación o reclasificación salarial...". (Destacados nuestros).

Asunto que ciertamente resulta extraño a los propósitos y finalidades de la acción de nulidad y restablecimiento consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en tanto que este medio de control no es apto para: **i).** imponer al gobierno la complementación de los decretos salariales; **iii).** exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley, en tanto que para esos propósitos nuestra legislación tiene establecida la acción de cumplimiento (art. 87 C.P.); **iii).** sustituir al Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Sobre el particular, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala de Familia, en Sentencia del 22 de abril de 2008, M.P. Dr. José Luís Aramburu Restrepo, Actor, Paola Andrea Domínguez Palomares, es claro y enfático al expresar:

> "No es, en general, propio de la actividad judicial la modificación de normas generales y abstractas, por más atendibles que sean las razones que lo aconsejen, pues el poder que se nos ha confiado a los jueces se limita a la aplicación del orden jurídico a situaciones particulares debidamente constatadas como tales y no a la modificación del mismo orden jurídico...". (Se destaca).

Lo cual se enfatiza en el hecho de que el control de legalidad de los decretos salariales corresponde al H. Consejo de Estado en única instancia.

Dentro de este contexto, si la señora María Yeni Aristizábal Cubides consideraba que el Gobierno omitió el cumplimiento y/o la implementación del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 debió acudir a la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, -desarrollada por la Ley 393 de 1997-, y no al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 CPACA), lo cual configura de suyo una indebida escogencia de acción que hace inviable las pretensiones de la demanda, en tanto que en uno y otro caso resultan improcedentes, pues no existe una fuente normativa que viabilice la extensión o aplicación del Decreto 610 de 1998 a los empleados subalternos de la Rama Judicial o de la Fiscalía General de la Nación, ni tampoco para exigir una nivelación por lo menos igual a cuatro (4) veces de lo que les fue asignado como remuneración en el año de 1998, como lo solicita en la demanda la accionante en el numeral 3.1. del libelo demandatorio fundado simplemente en sus aspiraciones salariales.

Sentadas las anteriores premisas, se dará contestación a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

3. CONTESTACIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Desde ahora manifiesto a esa Honorable Corporación Judicial que el Departamento Administrativo de la Función Pública se **opone** a que se hagan todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos atendibles, como pasa a explicarse:

1. En cuanto a la nulidad del acto administrativo expreso contenido en la **Resolución No. 2784 de 09 de marzo de 2016**, expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, notificada el 6 de abril del mismo año; y de los **actos administrativos fictos o presuntos negativos** de la Presidencia de la Republica – Ministerio de Justicia y del Derecho – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Departamento Administrativo de la Función Pública, provenientes del silencio de la Administración, que negaron los derechos reclamados por el actor en su derecho de petición de 22 de febrero de 2016.

Se contesta:

Sea lo primero señalar que estamos en presencia de una reclamación de naturaleza laboral, como lo reconoce la accionante en su demanda al expresar: "formulo demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de carácter laboral", que tiene como extremos a la empleada o ex empleada que hoy promueve la acción (Sra. María Yeni Aristizábal Cubides), quien, de acuerdo con la certificación expedida el 8 de agosto de 2016 por la Coordinadora Administrativa de la Corte Constitucional, obrante en el plenario, presta sus servicios personales en la Rama Judicial como Asistente Administrativa, Grado 06, en provisionalidad desde el 1 de noviembre de 2015, de una parte, y a su entidad empleadora (Rama Judicial), de la otra, autora igualmente del único acto administrativo expreso demandado en la presente causa (Res. 2784/06), sin que mi representada y demás entidades administrativas puedan ser válidamente vinculadas al proceso, en la medida que: **i)** no se demanda en el sublite la nulidad con efectos interpartes o la inaplicación del Decreto 610 de 1998 (Bonificación por Compensación de Magistrados de Tribunal), sino su extensión del mismo a los empleados subalternos de la Rama Judicial; **ii).** El Gobierno Nacional no ha omitido el deber de reglamentación de la nivelación del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en tanto que cumplió dicha obligación a través de los Decretos 51, 53 y 57 de 1993; **iii).** El Oficio No. 20154000061551 del 15 de abril de 2015, adjunto, a través del cual el Director de Desarrollo Organizacional del Departamento Administrativo de la Función Pública, Dr. José Fernando Berrio Berrío, dio respuesta a la

102

consulta formulada por el abogado Carlos Ricardo Márquez Velazco, -hoy apoderado del actor-, no puede ser tenido o enjuiciado como un acto administrativo ficto o presunto, pues la respuesta efectivamente se produjo con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda inicial instaurada bajo el radicado 250002342000-2016-04546-00, que data del 27 de septiembre de 2016 y, en tal consideración, debió demandarse como acto expreso en aplicación de los artículos 162-2, 163 y 165 del CPACA y 88 del CGP que ordena individualizar con toda precisión los actos administrativos demandados y que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y accesorias; **iv).** El precitado Oficio No. 201540000061551 del 15 de abril de 2015 tampoco puede ser tenido como un acto administrativo, pues no crea, modifica o extingue una situación jurídica en perjuicio de la accionante, en tanto que se limita a dar respuesta a una serie de interrogantes planteados por el apoderado de la señora María Yeni Aristizábal Cubides frente al tema de la aplicación del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, siendo emitido en los términos del artículo 25 del C.C.A., sin que, en consecuencia, tengan carácter vinculante o de él pueda inferirse o predicarse afectación de los derechos laborales individuales de la actora.

En respaldo de lo anterior, conviene reseñar el siguiente aparte del Oficio No. 201540000061551 del 15 de abril de 2015:

> "Finalmente, **conviene aclarar que la competencia asignada al Departamento Administrativo de la Función Pública en los Decretos 194 de 2014** (art. 18) y 204 de 2014 (art. 20), para "conceptuar en materia salarial y prestacional", guarda estricta relación con la interpretación general de aquellas expresiones de los decretos salariales que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión e interpretación, **sin que tal atribución comporte, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de la Rama Judicial[11]; cuya resolución, como resulta apenas obvio, corresponde en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora**.
>
> **"El presente concepto se imparte en los términos establecidos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984** (inexequibilidad artículos que regulan el derecho de petición de la ley 1437 de 2011, Sentencia C-818/2011)"

Lo anterior se torna evidente si se advierte que el Departamento Administrativo de la Función Pública forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Nivel Central Nacional, y no ha sido jamás empleador de la señora María Yeni Aristizábal Cubides, situación que obviamente lo inhabilita e imposibilita para atender la reliquidación salarial y prestacional por esta reclamada ante la Rama Judicial, en tanto que a la luz de las previsiones del artículo 113 superior las distintas ramas tradicionales del poder público y los organismos de control colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado, pero son jurídica, administrativa y patrimonialmente independientes (Artículos 115, 117, 121, 206, 208 y 275 de la Carta Política).

El anterior aserto guarda plena armonía con el principio de la especialización presupuestal, según el cual el órgano encargado de la distribución, aplicación y ejecución del presupuesto de la Rama Judicial es la misma Entidad, a través del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con exclusión de todas las demás. Ello es así, en cuanto el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto otorgó a los órganos públicos que son secciones presupuestales, y a los que tengan personería jurídica, la facultad de comprometer sus recursos y ordenar el gasto. De esta manera, los funcionarios competentes de la Rama Judicial tienen capacidad y ámbito de acción para la ejecución de las autorizaciones máximas de gastos apropiados en el presupuesto correspondiente y, de resultar pertinente, atender las resultas del proceso, por constituir el centro de imputación jurídica de las pretensiones de la parte actora.

Además, no puede perderse de vista que el artículo 2.8.6.1.1 del Decreto único Reglamentario del Sector Hacienda y de Crédito Público, Decreto 1068 del 26 de mayo de 2015, dispone que,

---

[11] Aserto que guarda plena armonía con las previsiones consagradas en el artículo 1° del Decreto 188 de 2004, que asigna exclusivamente a este Departamento Administrativo la competencia para formular políticas generales de Administración Pública, en materias relacionadas con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

en tratándose de fallos judiciales de contenido laboral, el pago deberá atenderse en su totalidad con cargo al presupuesto de la entidad en que presta o prestó el servicio personal el servidor público beneficiario de la sentencia y/o conciliación.

En consecuencia, al encontrarse plenamente establecido en la certificación expedida el 8 de agosto de 2016, expedida por la Coordinadora Administrativa de la Corte Constitucional, Dra. Patricia Vargas Rubio, que la demandante María Yeni Aristizábal Cubides presta sus servicios personales en la Rama Judicial como Asistente Administrativa, Grado 06, en provisionalidad desde el 1 de noviembre de 2015, es esa Rama del Poder Público, a través de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la única llamada atender el pago de los salarios y prestaciones de la accionante, pues de trasladarse esa obligación a otra Rama del Poder Público también tendría que trasladarse el presupuesto de la Rama Judicial, desquebrajando nuestro sistema presupuestal.

Lo anterior se enfatiza en el hecho de que el Gobierno no omitió su deber de reglamentar e implementar el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, amén de que no encuentra viable ni jurídicamente procedente el extender el régimen de la bonificación por compensación del Decreto 610 de 1998 a los empleados subalternos de la Rama Judicial, o expedir un nuevo decreto de nivele el cargo de la accionante con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1999 o cuadruplique su salario, lo cual permite evidenciar la insustancialidad e impertinencia de la pretensión de nulidad deprecada por la señora María Yeni Aristizábal Cubides, que, como las restantes, carece de todo fundamento.

En cuanto a las pretensiones 2 a 4 del libelo relacionadas con los siguientes tópicos:

2. **Se ordene al Alto Gobierno[12] revisar e implementar conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992** el sistema de remuneración salarial de los empleados subalternos activos de la Rama Judicial, incluidos los empleados de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, decretando la nivelación o reclasificación de los empleos desempeñados por el actor a la fecha y los que llegue a ocupar en adelante, atendiendo criterios de equidad, a la luz del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 Superior, tal como lo hizo con algunos funcionarios judiciales (Magistrados y Fiscales Delegados de Tribunal), en el Decreto 610 de 1998, reconociéndoles por concepto de bonificación por compensación un 60% (1999), 70% (2000) y 80% (2001) de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de Alta Corte (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura), y en relación con los empleados del régimen optativo de tales instituciones, a los cuales a través de los Decretos 382, 383 y 384 de 2013 les fue reconocida una nivelación salarial que está judicialmente cuestionada en acciones de nulidad que se tramitan en la Sección Primera del Consejo de Estado, en los cuales solo reconoce una presunta nivelación que denominan Bonificación Judicial con vigencia a partir del 1° de enero de 2013 y pagadera en cinco años.

3. Se condene al Alto Gobierno[13] y al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a darle estricto y cabal cumplimiento al parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, decretando (por primera vez) respecto del accionante[14] la nivelación o reclasificación de los empleos por él desempeñados y los que llegue a ocupar en adelante, con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1999, en la misma forma y proporción otorgada a los funcionarios judiciales (Magistrados, Fiscales Delegados de Tribunal y sus equivalentes), quienes de conformidad con el Decreto 610 de 1998, tienen derecho al reconocimiento de la bonificación por compensación que les permitió devengar el equivalente al 60% (1999), 70% (2000) y 80% (2001) de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de Alta Corte (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura), cuando con anterioridad al año de 1999 la proporción de los ingresos entre dichos cargos era del 44%.

   3.1. Reconocer al accionante, desde el 1° de enero de 1999 y hasta la fecha de su retiro definitivo del servicio, un ajuste a sus ingresos laborales en una suma superior, o por lo menos igual a cuatro (4) veces de lo que les fue asignado como remuneración, en el año de 1998 en los cargos en que ese año ocupó, o en los que desempeñó hasta cuando se produjo su retiro del servicio activo de la rama Judicial y/o de la Fiscalía General de la Nación;

---

[12] Representado, a decir de la accionante, por Presidencia de la Republica – Ministerio de Justicia y del Derecho – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Departamento Administrativo de la Función Pública y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
[13] Representado, a decir de la accionante, por Presidencia de la Republica – Ministerio de Justicia y del Derecho – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Departamento Administrativo de la Función Pública.
[14] Empleado subalterno de la Rama Judicial.

103

3.2. Reconocer al accionante, desde el 1° de enero de 1999 y hasta la fecha de su retiro definitivo del servicio, un ajuste a sus ingresos laborales en las mismas veces en que haya sido aumentado desde el 1 de enero de 1999 el ingreso mensual de los Magistrados de Tribunal, al momento en que se lleve a cabo la aludida nivelación o reclasificación salarial, como única manera de aplicar en forma real, correcta y equitativa el criterio de equidad y justicia contemplados en el parágrafo del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, a la luz del derecho fundamental a la igualdad (art. 13 C.P.), en tanto que los Magistrados desde el año de 1998 se han visto beneficiados por más de cinco aumentos salariales que no aplicaron al personal subalterno de la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación en situación de retiro.

4. Que la nivelación o reclasificación salarial propuesta también constituya factor salarial para efectos de reliquidar la pensión.

Se contesta:

Para desvirtuar las pretensiones 2 a 4 de la demanda, basta reiterar, por razones de economía, las razones de defensa consignadas en el acápite anterior que evidencian que **i).** La nivelación y reclasificación de los empleos subalternos de la Rama Judicial ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 fue cumplida por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 51, 53 y 57 de 1993, es decir, hace más de 26 años; **ii)** Los Decretos 382, 383 y 384 de 2013, relativos a la bonificación judicial, no desarrollan la anotada nivelación, pese a ser un nuevo reconocimiento salarial, como lo fueron, igualmente, los Decretos 3131 de 2005 (prima de actividad judicial), 2460 de 2006 (prima de productividad judicial), Decretos 3899. 3900. 3901[15] y 3902 (nuevos ajustes salariales), entre otros, pues fueron el resultado de un paro judicial adelantado en el año de 2012 por las organizaciones sindicales de empleados de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación; **iii).** La bonificación por compensación prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998 encuentra como únicos destinatarios a los Magistrados de Tribunal y sus equivalentes, no a los empleados subalternos de la Rama Judicial; **iv).** No es jurídica ni materialmente posible cuadruplicarle el salario a la actora con retroactividad al 1 de enero de 1999 y sin prescripciones o ascenderlo en otro empleo de la planta de personal de la Rama Judicial por virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, todo lo cual demuestra la improcedencia de tales pretensiones.

En cuanto a las pretensiones 5 a 8 del libelo, referentes a:

5. Que las sumas reconocidas como retroactivo producto del decreto de nivelación salarial o reclasificación de empleos, se actualicen o indexen a valor presente desde la fecha en que se hicieron exigibles (1 de enero de 1999).

6. Se condena a las demandadas al pago de intereses en los términos del artículo 195 del CPACA.

7. Se orden la actualización de las condenas en los términos del artículo 187 del CPACA.

8. Se dé cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA

Se contesta:

Siendo improcedentes las declaraciones de nulidad y de restablecimiento reclamadas por la accionante, también los son las medidas relacionadas con los reconocimientos patrimoniales complementarios solicitados en el libelo.

4. CONTESTACIÓN A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Al Hecho No. 1°: Es cierto.

A los Hechos Nos. 2° y 3°: Al respecto, me atengo al texto original de la Ley 4ª de 1992.

[15] Complementado con el Decreto 1251 de 2009

Al Hecho No. 4°: No es cierto. La nivelación ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 fue cumplida por el Gobierno nacional a través de los Decretos 51, 53 (FGN) y 57 (RJ) de 2013.

Al Hecho No. 5°: No es cierto. El Decreto 610 de 1998 encuentra como únicos destinatarios a los Magistrados de Tribunal y sus empleos equivalentes de la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, es decir, no aplica al personal subalterno de la Rama Judicial ni puede servir de patrón para calcular las aspiraciones salariales de la accionante o de otros empleados de la Entidad que no se encuentren dentro de su universo de destinatarios.

Al Hecho No. 6°: no es un hecho sino una apreciación jurídica equivocada de la accionante. Sin embargo, debe indicarse que no es cierto que la señora María Yeni Aristizábal Cubides tenga derecho a una nueva nivelación o a que se le iguale su salario o los beneficios salariales con lo devengado por los Magistrados de Tribunal por concepto de bonificación judicial (Decreto 610 de 1998).

Al Hecho No. 7°: Es cierto en lo que respecta al DAFP. Al respecto, debe reiterarse que dicha consulta fue contestada por el Director de Desarrollo Organizacional del Departamento Administrativo de la Función Pública, Dr. José Fernando Berrio Berrío, a través del Oficio (Concepto) No. 201540000061551 del 15 de abril de 2015, razón por la cual no puede jurídicamente dársele el tratamiento de acto ficto negativo, más aun cuando fue expedido con anterioridad a la presentación de la demanda y no es un acto administrativo, sino una opinión técnica sobre el tema consultado por el hoy apoderado de la accionante, más aún cuando no es pasible de control judicial.

En respaldo de lo anterior, conviene reseñar el siguiente aparte del Oficio No. 201540000061551 del 15 de abril de 2015:

> "Finalmente, **conviene aclarar que la competencia asignada al Departamento Administrativo de la Función Pública en los Decretos 194 de 2014** (art. 18) y 204 de 2014 (art. 20), para "conceptuar en materia salarial y prestacional", guarda estricta relación con la interpretación general de aquellas expresiones de los decretos salariales que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión e interpretación, **sin que tal atribución comporte, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de la Rama Judicial[16]; cuya resolución, como resulta apenas obvio, corresponde en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora.**
>
> **"El presente concepto se imparte en los términos establecidos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984** (inexequibilidad artículos que regulan el derecho de petición de la ley 1437 de 2011, Sentencia C-818/2011)"

Al Hecho No. 8°: Es parcialmente cierto. Al respecto, conviene reiterar que el Departamento Administrativo de la Función Pública si dio oportuna contestación a la consulta elevada por el apoderado de la actora a través del Oficio (Concepto) No. 201540000061551 del 15 de abril de 2015.

Al Hecho No. 9°: Al parecer es cierto, pues le admitieron su demanda.

Al Hechos Nos. 10 a 14: No me constan y deben probarse en la forma prescrita por la Ley.

---

[16] Aserto que guarda plena armonía con las previsiones consagradas en el artículo 1° del Decreto 188 de 2004, que asigna exclusivamente a este Departamento Administrativo la competencia para formular políticas generales de Administración Pública, en materias relacionadas con Empleo Público. Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

104

5. OTRAS RAZONES DE DEFENSA

5.1. En cuento a la nivelación salarial del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992:

En orden a desvirtuar los argumentos que sustentan los cargos de nulidad endilgados por la accionante, es pertinente recordar que la **nivelación salarial** de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación prevista en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 fue cumplida por el Gobierno Nacional con los **Decretos 51, 53 y 57 de 1993**, y no a través de los Decretos 382, 383 y 384 de 2013, que son, en realidad, el resultado de un nuevo **paro judicial** llevado a cabo por los servidores de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación en el **año de 2012** y, con ello, de una extensa **negociación con los sindicatos del Sector Justicia**, obrantes en actas, que dan respaldo a los actos acusados; sin que, en consecuencia, la bonificación judicial prevista en el artículo 1° de los Decretos 383, 383 y 384 de 2013 pueda confundirse con la nivelación de la Ley 4 de 1992. Si bien ambos precedentes apuntan al mejoramiento salarial (nivelación) de los empleados de la Rama Judicial no pueden equipararse sus fuentes normativas, como equivocada lo hace el actor.

Puntualizado lo anterior, se reitera que el Gobierno Nacional dio cumplimiento a la revisión y nivelación salarial ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la ley 4 de 1992 a través de los Decretos 53[17] (FGN) y 57[18] (Rama Judicial) de 1993, lo cual puede ser fácilmente verificado en el texto de los precitados actos administrativos, en cuyo apoyo conviene traer a colación, a manera de ejemplo, los artículos 2°, 3° y 17 del Decreto 57 de 1993, que sobre el particular expresa lo siguiente:

> "Artículo 2o. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto. Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha.
>
> "Artículo 3o. A partir del 1o. de enero de 1993 la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar será la siguiente: (...)".
>
> "Artículo 17. En desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, los empleados de la Rama Judicial que no opten por el régimen establecido en el presente Decreto tendrán derecho a un incremento del dos punto cinco por ciento (2.5%) sobre la asignación básica mensual que tenían a 31 de diciembre de 1992, sin perjuicio de los incrementos decretados por el Gobierno para el año 1993...".

Sobre el estricto acatamiento del parágrafo del artículo 14 de la ley 4 de 1992 por parte del Gobierno Nacional, también se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia nacional, en cuyo apoyo conviene traer a colación el siguiente aparte de la Sentencia del 1° de agosto de 2008, dictada por el H. Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, C.P. Dr. Francisco Julio Taborda Ocampo, que expresa:

> "Resulta claro que el Gobierno Nacional (...) expidió los decretos 53 y 57 de 1993, dando cumplimiento al artículo 14 de la Ley 4 de 1992, tendiente a fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación. De esa manera, (...) el Gobierno Nacional estaba dando cumplimiento con los expreso mandatos cuyo incumplimiento denuncia el accionante...".

En el mismo sentido, el H. Tribunal Administrativo de Nariño, Conjuez Ponente Dr. Efraín A. Bermúdez Mora, en Sentencia del 28 de julio de 2008, Expediente No. 2008-00097-00, expresó:

---

[17] "Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones"

[18] "Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones."

" ...Posteriormente, el Gobierno Nacional en uso de las facultades consagradas en el artículo 14 de la citada Ley 4 de 1992, expidió el **Decreto 57 de 1993**, "Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones. **Esta norma según se deduce de su contenido, fue consecuencia directa de la orden contenida en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992**...".

"Como se puede apreciar con meridiana claridad, **el Gobierno Nacional desde el año de 1993 le dio cumplimiento a la orden impuesta por el legislador** en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 **a través del Decreto 57 de 1993** y, en consecuencia, **no habría lugar a ordenar cumplir con algo que ya se hizo**...". 14

En el mismo sentido, la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-679 de 2003, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, expresó:

"Con el cambio constitucional de 1991 y la creación de la Fiscalía General de la Nación, el Legislador estableció las reglas generales que debía tener en cuenta el gobierno al diseñar los distintos regímenes salariales para los funcionarios públicos. En desarrollo de la Ley 4ª de 1992 **el Gobierno Nacional fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos -entre ellos los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación**- bajo un esquema de regímenes especiales, cuya constitucionalidad ya ha sido aceptada por esta Corte...".

Si bien la nivelación salarial ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 no estaba sujeta a ningún referente porcentual para la nivelación y ajuste de las asignaciones salariales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que el Gobierno Nacional, al dictar en el año 1993 los decretos que desarrollaron dicha disposición, al tiempo de unificar el salario de todos los empleados de la Rama Judicial y la FGN de las distintas jurisdicciones del territorio nacional[19], otorgó incrementos que superaron en muchos casos el 100% del salario que devengaban tales servidores en el año inmediatamente anterior[20] (régimen ordinario), y en otros casos los incrementos alcanzaron cifras iguales o superiores (régimen optativo).

El Decreto 57 de 1993 en materia salarial presenta una variación sustancial frente al régimen salarial anterior pues, a efectos de dar tratamiento salarial igualitario y equitativo, opta por identificar empleos y su correspondiente remuneración mensual por categorías de despacho judiciales. Así determinado el nuevo régimen de nomenclatura y salarios se da desarrollo a la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad funcional, pues se tiene que empleos de igual denominación, naturaleza de funciones, complejidad y ubicación funcional tienen idéntico tratamiento salarial.

Como puede observarse con la creación de los regímenes salariales antiguo y optativo se eliminaron las dispersiones de ingreso salarial mensual preexistentes en estos organismos al amparo del anterior régimen; nivelando así las remuneraciones mensuales correspondientes a empleos de igual naturaleza y complejidad funcional.

5.2. Reseña de la negociación que dio origen a la bonificación judicial de los Decretos 382, 383 y 384 de 2013

En orden a contextualizar las acciones que dieron origen a la expedición de los decretos **383** (Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar), 382 (Fiscalía General de la Nación) y 384 de 2013 (Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial), relativos a la consagración de la bonificación judicial, conviene recordar que en el año 2012, a raíz de un nuevo cese de actividades convocado por ASONAL JUDICIAL, el Gobierno Nacional y los representantes de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, suscribieron el 6 de noviembre del mismo año un Acta de Acuerdo en el que se decidió conformar una Mesa Técnica Paritaria con el fin de revisar la remuneración de los servidores de

[19] Que con anterioridad eran materialmente disímiles.
[20] 1992.

la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, no porque no se hubiera cumplido la nivelación ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, pues es claro que esta se cumplió integralmente con la expedición de los Decretos 51, 53 y 57 de 1993, sino porque la parálisis de la justicia en todo el territorio nacional así lo exigió, a efecto de conjurar el prolongado paro judicial, para lo cual se dispuso la asignación de recursos presupuestales adicionales en cuantía de un billón doscientos veinte mil millones ($1.220.000.000.000) M/Cte., como cifra total (techo) que sería distribuida en las vigencias fiscales del 2013 al 2018, lo cual dio lugar a una negociación formal sobre la base de unas propuestas de nivelación que para el efecto presentaron las autoridades y los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, es decir, que no tuvieron origen en el Gobierno, las cuales fueron integral y ampliamente debatidas por las distintas asociaciones sindicales de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, como de lo demuestran las más de 23 actas de las reuniones de negociación celebradas, dando lugar finalmente a la expedición de los Decretos 382, 383 y 384 del 6 de marzo de 2013, que, se repite, son fruto de las negociaciones y de los acuerdos alcanzados con los representantes de ACOL CTI, ASONAL JUDICIAL, SINTRAFISGENERAL y demás asociaciones de empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación.

Es más, los propios funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación designados para participar en la referida negociación, destacaron en el Acta de Acuerdo del 6 de Noviembre de 2012, continuada mediante el Acta No. 25 del 8 de enero de 2013, que la distribución realizada en los Decretos 382, 383 y 384 de 2013 garantizó los criterios de equidad, gradualidad y proporcionalidad de los ingresos totales de sus respectivos servidores, así como la jerarquía y complejidad funcional de los empleos.

Con la expedición de los Decretos 382, 383 y 384 del 6 de marzo de 2013 se atiende, una vez más, la reducción de las brechas horizontales y verticales que se presentaron en los ingresos de los empleados y funcionarios de las entidades en cuestión, especialmente del personal perteneciente al régimen de los acogidos, causadas por modificaciones posteriores a la nivelación de 1993, modificaciones que obviamente atienden el marco general de la política macroeconómica y fiscal, así como la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales de cada entidad y organismo.

Así las cosas, la bonificación judicial establecida en los Decretos 382, 383 y 384 responde a un proceso de negociación adelantado y concluido con los representantes de las agremiaciones sindicales de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, quienes estuvieron de acuerdo con su naturaleza de factor salarial únicamente para la "base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud", como lo ratifica el Acuerdo del 6 de noviembre de 2012 y el Acta No. 25 del 8 de enero de 2013, suscrito por los representantes de ACOL CTI, ASONAL JUDICIAL, SINTRAFISGENERAL, Ministerio del Trabajo, Ministerio de Justicia y del Derecho, Fiscalía General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Dentro de este contexto, y teniendo en cuenta que la bonificación judicial es un reconocimiento convencional y adicional al concedido a los demás empleados del Estado; pues mientras a los funcionarios de la Rama Judicial, de la Fiscalía General de la Nación y de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial les es pagado este beneficio de manera exclusiva y agregada en los términos de los Decretos 382, 383 y 384 de 2013, que se suma al incremento de la asignación básica mensual que todos los años decreta el Gobierno para estos y los demás empleados estatales nacionales, que, ciertamente, en la generalidad de los casos, es superior al IPC del año inmediatamente anterior, y se paga con retroactividad al 1° de enero, mal puede pretenderse adicionalmente que dicho beneficio tenga plenos efectos prestacionales.

De otra parte, conviene recordar que, a los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, se les han asignado beneficios salariales complementarios, muy por encima de los señalados para los demás servidores públicos, de lo cual dan cuenta, a manera de ejemplo, no solo los Decretos 382, 383 y 384, sino los siguientes:

- ✓ En el año 2005, a través del Decreto 3131, el Gobierno Nacional otorgó una prima, de actividad judicial para los jueces, fiscales y los Procuradores Delegados ante éstos, que significó un incremento de sus ingresos del veintidós por ciento (22%) y un costo anual para el Estado de 80 mil millones. Prima de actividad judicial que viene reconociendo desde el año 2005 a estos servidores y con pago efectivo en los meses de junio y de diciembre.

- ✓ En el año 2006, el ejecutivo expidió el decreto 2460 que estableció una prima de productividad judicial para el resto de los servidores de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación (Secretarios, escribientes, trabajadores administrativos, etc.) la cual significó un incremento en sus ingresos del cuatro punto dos por ciento (4.2%), adicional al incremento del IPC, con un costo anual de 45 mil millones. Prima de productividad judicial que equivale a 15 días de la asignación básica señalada para el respectivo empleo del servidor y se paga en el me de diciembre de cada año.

- ✓ Para el año 2008, con ocasión del paro promovido por ASONAL JUDICIAL. El Gobierno Nacional expidió los Decretos 3899. 3900. 3901[21] y 3902, mediante los cuales se efectuaron nuevos ajustes al sistema de remuneración de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación; situación que evidencia un esfuerzo adicional del Gobierno para mejorar los ingresos de dichos servidores.

- ✓ Así mismo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4788 de diciembre 19 de 2008, el cual crea para los Secretarios de Tribunal Superior Militar, Relator, Auxiliares Judiciales, Oficial Mayor, Escribientes y Secretarios de Juzgados de Instrucción Penal Militar, Fiscalías Penales Militares y Juzgados de Instancia de la Justicia penal Militar, una prima anual para mejorar la productividad, la cual constituirá factor salarial para liquidar las prestaciones sociales.

Como puede observarse, a pesar de las restricciones presupuestales que tiene el Estado colombiano, el Gobierno Nacional ha tomado distintas y costosas medidas para mejorar los ingresos de todos los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, bien aquellos que pertenecen al régimen ordinario como los regulados por el régimen optativo.

6. EXCEPCIONES:

Me permito proponer, como tales, las siguientes:

6.1. Indebida representación de la Nación, falta de legitimación en la causa por pasiva del DAFP e inepta demanda:

Considerando que la representación procesal de la Rama Judicial se encuentra asignada expresamente, por el artículo 99 de la ley 270 de 1996, al Director Ejecutivo de Administración Judicial[22], no hay ninguna razón válida ni suficiente para la vinculación procesal del DAFP, lo

[21] Complementado con el Decreto 1251 de 2009
[22] Con las salvedades introducidas en el Acto Legislativo 02 de 2015.

cual resulta evidente si se observa que en el sublite se demandan reconocimientos salariales y prestacionales que no tienen fundamento en la ley ni en acto administrativo salarial ninguno expedido por el Ejecutivo Nacional[23], ni responden a una omisión real atribuible al Presidente de la República, a los Ministros de Justicia y del Derecho o Hacienda y Crédito Público o al Director del DAP, quienes por el contrario, y como quedó documentado, cumplieron desde el año de 1993 con la nivelación salarial del parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 a través de los Decretos 51, 53 y 57.

Lo anterior se enfatiza en el hecho que el supuesto "acto ficto presunto negativo demandado, atribuido al DAFP, corresponde, en realidad, al Oficio No. 201540000061551 del 15 de abril de 2015, a través del cual el Director de Desarrollo Organizacional del Departamento Administrativo de la Función Pública[24] dio respuesta a la consulta formulada por el abogado Carlos Ricardo Márquez Velazco, -hoy apoderado del actor-, destacando lo siguiente:

> "Finalmente, **conviene aclarar que la competencia asignada al Departamento Administrativo de la Función Pública en los Decretos 194 de 2014** (art. 18) y 204 de 2014 (art. 20), para "conceptuar en materia salarial y prestacional", guarda estricta relación con la interpretación general de aquellas expresiones de los decretos salariales que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión e interpretación, **sin que tal atribución comporte, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de la Rama Judicial[25]; cuya resolución, como resulta apenas obvio, corresponde en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora.**
>
> **"El presente concepto se imparte en los términos establecidos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984** (inexequibilidad artículos que regulan el derecho de petición de la ley 1437 de 2011, Sentencia C-818/2011)"

Lo cual demuestra que el Oficio DAFP No. 201540000061551 del 15 de abril de 2015 no es un acto administrativo que cree, modifique o extinga un derecho del actor, sino, en realidad, un simple concepto técnico que atiende una consulta formulada por el apoderado del actor, siendo emitido en desarrollo del artículo 25 del C.C.A. (hoy art. 28 CPACA), es decir, que no tiene carácter vinculante y que, además, fue comunicado al apoderado de la señora María Yeni Aristizábal Cubides con anterioridad a la fecha en que fue instaurada la demanda, restándole, entonces, el carácter de ficto o presunto negativo que allí se le atribuye, lo cual demuestra no solo la configuración de la excepción de inepta demanda en lo respecta al DAFP, por indebida individualización del Oficio demandado (artículos 162-2, 163 y 165 del CPACA y 88 del CGP), sino también la falta de legitimación en la causa del DAFP para intervenir en el presente proceso, en tanto que no es la entidad llamada a explicar la legalidad de la Resolución No. 2784 de 09 de marzo de 2016, expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, y notificada el 6 de abril del mismo año, o atender las resultas del proceso.

De otra parte, no puede perderse de vista que el artículo 2.8.6.1.1 del Decreto único Reglamentario del Sector Hacienda y de Crédito Público, Decreto 1068 del 26 de mayo de 2015, dispone que, en tratándose de fallos judiciales de contenido laboral, el pago deberá atenderse en su totalidad con cargo al presupuesto de la entidad en que presta o prestó el servicio personal el servidor público beneficiario de la sentencia y/o conciliación.

6.2. Caducidad:

Que se propone en beneficio del DAFP, teniendo en cuenta que transcurrió un lapso mayor a los cuatro (4) meses entre la fecha de comunicación del Oficio (Concepto) DAFP No. 201540000061551 del 15 de abril de 2015 y la de presentación de la demanda inicial instaurada

---

[23] Es más no se demanda la nulidad o inaplicación de un decreto salarial.

[24] Dr. José Fernando Berrio Berrío.

[25] Aserto que guarda plena armonía con las previsiones consagradas en el artículo 1° del Decreto 188 de 2004, que asigna exclusivamente a este Departamento Administrativo la competencia para formular políticas generales de Administración Pública, en materias relacionadas con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

bajo el radicado 25000-23-42-000-2019-00546-00, que data del 03 de abril de 2019 (arts. 85 y 136-2 del C.C.A. y 138 y 164 de la Ley 1437 de 2011).

6.3. Inexistencia del derecho reclamado:

Teniendo en cuenta que: **i).** La nivelación y reclasificación de los empleos subalternos de la Rama Judicial ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 fue cumplida por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 51, 53 y 57 de 1993; **ii)** Los Decretos 382, 383 y 384 de 2013, relativos a la bonificación judicial, no desarrollan la anotada nivelación, pese a ser un nuevo reconocimiento salarial; **iii).** La bonificación por compensación prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998 encuentra como únicos destinatarios a los Magistrados de Tribunal y sus equivalentes, no a los empleados subalternos de la Rama Judicial; **iv).** Que no es jurídica ni materialmente posible cuadruplicarle el salario al actor con retroactividad al 1 de enero de 1999, es claro que esta excepción está llamada a prosperar y respetuosamente solicito sea decretada en desarrollo de la audiencia inicial del artículo 18º del CPACA.

18

6.4. Inexistencia de un perjuicio indemnizable:

La acción que ahora nos ocupa se estructura en un perjuicio inexistente y, por tanto, no indemnizable, pues para que un daño sea reparable tiene que ser cierto, real y cuantificable, situación que no se configura ni acreditada en el plenario, en tanto que la nivelación salarial ya fue cumplida por el Gobierno nacional a través de los Decretos 51, 53 y 57 del 1993.

6.5. Excepción genérica:

Por lo demás, solicito se declaren probadas las demás excepciones que aparezcan acreditadas en el expediente.

6.6. Indebida escogencia de acción:

En tanto que la parte accionante busca con su demanda una nueva nivelación salarial para la Rama Judicial, ya cumplida por el Gobierno, y la complementación del Decreto 610 de 1998, para hacer extensivo el régimen de bonificación por compensación a los empleados subalternos de la Rama Judicial u obtener un tratamiento salarialmente semejante, como se infiere del texto de las pretensiones 2ª y 3ª de la demanda que apunta a lo siguiente:

> ""2. (...) **se ordene al Alto Gobierno (...) revise e implemente conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 el sistema de remuneración salarial de la empleada subalterna activa de la Rama Judicial** (...), tal como lo hizo con algunos funcionarios judiciales (Magistrados...) a través del Decreto 610 de 1998**...**".
>
> "3. (...) Se condene al Alto Gobierno Nacional (...) y Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a **darle estricto y cabal cumplimiento al parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, decretando (por primera vez) respecto de mi poderdante (...) la nivelación o reclasificación** de los empleos por él desempeñados y en adelante, con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1999, aplicando el derecho de igualdad de que trata el art. 13 de la Constitución Política, **en la misma forma y proporción otorgada a los funcionarios judiciales (Magistrados, Fiscales Delegados de Tribunal y sus equivalentes), quienes de conformidad con el Decreto 610 de 1998** (...).

Y de su numeral 3.2:

> "3.2. **Reconocer a mi poderdante,** desde el 1° de enero de 1999, **un ajuste a sus ingresos laborales en las mismas veces en que haya sido aumentado desde el 1 de enero de 1999 el ingreso mensual de los Magistrados de Tribunal,** al momento en que se lleve a cabo la aludida nivelación o reclasificación salarial...""". (Destacados nuestros).

Asunto que ciertamente resulta extraño a los propósitos y finalidades de la acción de nulidad y restablecimiento consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en tanto que este medio

107

de control no es apto para: **i).** imponer al gobierno la complementación de los decretos salariales; **iii).** exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley, en tanto que para esos propósitos nuestra legislación tiene establecida la acción de cumplimiento (art. 87 C.P.); **iii).** sustituir al Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

7. PETICIÓN

Con fundamento en lo anterior, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, NEGAR LAS SUPLICAS de la demanda promovida por la señora María Yeni Aristizábal Cubides.

De igual forma, solicito al Despacho sean declaradas las excepciones anteriormente propuestas.

8. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Solicito sean tenido como tales las siguientes:

1. Oficio No. 201540000061551 del 15 de abril de 2015, a través del cual el Director de Desarrollo Organizacional del Departamento Administrativo de la Función Pública, Dr. José Fernando Berrio Berrío, dio respuesta a la consulta formulada por el abogado Carlos Ricardo Márquez Velazco, 10 folios.
2. Guía de transporte del anterior Oficio, 1 folio.

9. NOTIFICACIONES

El Departamento Administrativo de la Función Pública y la suscrita apoderada judicial las recibiremos en la Secretaría de esa Honorable Corporación y en la Carrera 6ª No. 12 - 62 de la ciudad de Bogotá D.C., dirección electrónica:.

10. ANEXOS

1) Poder especial para actuar, en 1 folio.
2) Copia del Decreto 1855 del 1° de octubre de 2018, emitido por el Señor Presidente de la República, por el cual se me nombra al Dr. Fernando Grillo Rubiano como Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, 1 folio.
3) Copia del Acta de posesión No. 134 del día 3 de octubre de 2018, correspondiente a la anterior designación, 1 folio.

Con toda consideración y respeto,

ADRIANA MARCELA ORTEGA MORENO
C.C. No. 1.013.607.950 de Bogotá
T.P. No. 273.576 del C.S. de la J.

Anexo: lo anunciado en 14 folios.

82

4.2.0.1. Grupo de Representación Judicial

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B"
Diaginal 22 B (Av La Esperanza) Nº 53-02. Bogotá D.C.
Bogotá D.C.

Radicado: 2-2020-035960
Bogotá D.C., 4 de agosto de 2020 10:04

Radicado entrada 1-2020-010958
No. Expediente 32212/2020/OFI

eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
Firma electrónica válida por Ley 527 de 1999 y Decreto 2364 de 2012.

Asunto: CONTESTACION DEMANDA - ACTOR: MARIA YENI ARISTIZABAL CUBIDES EN CONTRA DE LA NACION MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y OTROS NUMERO 2019 00027 00

Asunto:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Expediente No:	25000-23-42-000-2019-0027-00
Demandante:	MARÍA YENI ARISTIZÁBAL CUBIDES
Demandado:	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTROS

Asunto: CONTESTACIÓN DEMANDA

ALEXANDER GARCÍA JIMÉNEZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.010.175.216 de Bogotá D.C., portador de la tarjeta profesional No. 241.662 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO PUBLICO** mediante poder especial que se adjunta con el presente escrito y expresamente se acepta, solicito de manera respetuosa me sea reconocida personería, y en el mismo sentido manifiesto a usted que encontrándose vigente la oportunidad procesal, procedo a **CONTESTAR EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO,** dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

1. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Manifiesto al despacho que me opongo a cada una de las pretensiones por las siguientes razones:

En primer lugar, es pertinente señalar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público está facultado exclusivamente para ejercer funciones asignadas de manera expresa por la ley, tal como lo define el art. 5º de la Ley 489 de 1998, dentro de las cuales no está la de reconocer, liquidar, reajustar y pagar acreencias contraídas por otra entidad como lo es la Rama Judicial.

En efecto, habida cuenta de que se rechazó la pretensión que haría suponer la vinculación de este Ministerio en el proceso que nos convoca, resulta del caso concluir que no hay interés para que la entidad a la que represento comparezca a este juicio, teniendo en cuenta que lo que se reclama es la nivelación salarial de una trabajadora de una entidad distinta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En ese orden de ideas, la cartera a la que represento se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que este ministerio, no ha transgredido las disposiciones citadas por la demandante, en razón a que no existe, ni existió, vinculo jurídico alguno, legal, reglamentario, contractual, laboral ni relación jurídica sustancial entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la señora María Yeni Aristizábal Cubides

En efecto, este Ministerio, al no ser la entidad empleadora de la accionante, no puede hacerse cargo de las pretensiones que se formulan en la demanda, por ende, las mismas resultan imprósperas respecto de esta cartera Ministerial, puesto que van encaminadas a lograr una nivelación salarial de una trabajadora que en ningún momento prestó sus servicios para la entidad que represento

Del mismo modo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no le asiste responsabilidad alguna para responder por obligaciones que puedan derivarse de este proceso, por cuanto, se reitera que, entre la demandante y esta entidad no existe ni existió vinculo legal, reglamentario, contractual, convencional o laboral, que permita determinar compromiso alguno de esta Cartera respecto de supuestas prestaciones dejadas de pagar por la entidad para la cual prestó sus servicios EL accionante.

De igual forma, no se puede dejar de lado, que al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en aplicación del principio de legalidad, le compete exclusivamente ejercer aquellas funciones **expresamente** señaladas por la constitución, la ley o las disposiciones de orden reglamentario mediante las cuales se establezca su régimen competencial, tal como lo define el artículo 5º de la Ley 489 de 1998, y dentro de las cuales, no se encuentra la de definir controversias entre ex trabajadores y /o empleados que hayan prestado sus servicios a otras entidades.

A su vez, por mandato de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, los funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solamente pueden realizar lo que la Constitución y la Ley expresamente les ha encargado, según la competencia asignada, y les está prohibido ejercer otras funciones distintas a las atribuidas por las normas que reglamentan su funcionamiento, en este caso, el Decreto 4712 de 2008.

eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co

En razón a lo anterior, de la manera más respetuosa solicito a su despacho, se sirva ordenar la desvinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del presente proceso, toda vez que no tiene obligación alguna frente a las pretensiones de la demanda.

2. FRENTE A LOS HECHOS

Sea lo primero advertir que gran parte de los hechos narrados por la parte demandante obedecen a apreciaciones subjetivas, puesto que hace alusión a unas normas y la interpretación que tiene frente a las mismas, razón por la que tales aseveraciones no resultan ser hechos sino más bien, consideraciones jurídicas que deberán ser resueltas por el Juez en la sentencia.

Del mismo modo, a esta Cartera no le constan las actuaciones que desarrolló la parte demandante frente a otras entidades, por tanto, estas manifestaciones deberán ser contestadas por las autoridades administrativas competentes para ello, por lo que para el presente caso sería su entidad empleadora.

De igual forma, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través del suscrito apoderado judicial se permite indicar que todas **las consideraciones de orden fáctico** que aduce la parte actora en el acápite de la demanda denominado "Hechos", son situaciones que no le constan a esta entidad, puesto que versan sobre circunstancias en las que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no ha asumido responsabilidad ni compromiso alguno.

En el presente caso, la parte actora busca con el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, le sea reconocida una nivelación salarial, por lo que desde ya se debe precisar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es la entidad responsable de asumir lo pretendido por la señora María Yeni Aristizábal Cubides, en atención a que esta entidad no ha tenido ninguna relación de tipo laboral o contractual con el demandante y por tanto no puede hacerse cargo de presuntas obligaciones laborales de la Rama Judicial, a la que pertenece el actor.

En consecuencia de lo dicho, este Ministerio manifiesta al Despacho que de los hechos relatados por la parte actora, a esta entidad no le consta ninguno de ellos en lo que respecta al fondo del asunto, en la medida en que lo que se discute en esta instancia es si al actor le corresponde el reconocimiento de la nivelación salarial que reclama, respecto de un vínculo laboral que a este Ministerio no le consta, razón por la que a esta cartera no le concurre competencia alguna para hacerse cargo de obligaciones derivadas de los hechos planteados en la demanda.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=

RAZONES DE LA DEFENSA

Las razones de defensa contenidas en el presente escrito, plantean, por una parte, los argumentos que desvirtúan la calidad de parte atribuida al Ministerio de Hacienda y Crédito Púbico en este proceso por su Despacho, y por otra, los argumentos de defensa en relación con las pretensiones de la demanda.

Ausencia de los requisitos consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano que deben concurrir en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho (como el presente caso) para que las pretensiones que se ejercen a través del citado medio prosperen respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El artículo 138 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, señala que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho:

> *"Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir* ***que se declare la nulidad del acto administrativo*** *particular, expreso o presunto,* ***y se le restablezca el derecho****; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*
>
> *Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel." (Subrayado nuestro)*

De la citada norma, se deducen claramente los siguientes elementos: ***i)*** existencia de un daño; ***ii)*** causado a un derecho amparado en una norma; ***iii)*** generado por un acto administrativo.

Haciendo la revisión y aplicación hipotética de los citados elementos al caso de estudio, se concluye fácilmente que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tiene ningún tipo de responsabilidad en el presente asunto.

Al efecto, este Ministerio no tiene la competencia para hacer el reconocimiento de la nivelación pretendida y por tanto está imposibilitado para expedir un acto administrativo en ese sentido, por tanto, resulta que la autoridad administrativa facultada para responder las pretensiones de la demanda es única y exclusivamente su entidad empleadora, la cual cuenta con personería y autonomía presupuestal propia.

eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co

Lo anterior, es una consecuencia del principio de legalidad, pues las autoridades públicas actúan de conformidad con las competencias atribuidas legalmente y en ese sentido, quien está llamada a responder por la expedición de un acto administrativo acusado de ilegal es la entidad que siendo competente para ellos lo expidió.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

> *"La Constitución Política y las leyes le han asignado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la función específica de juzgar las controversias jurídicas que se originen en la actividad de las entidades estatales y de los particulares que cumplen funciones administrativas. En estos casos, la cuestión litigiosa y el correspondiente control judicial por parte de esta justicia especializada, surge cuando la Administración o quien hace sus veces, en cumplimiento de los deberes asignados y con ocasión de sus reglamentos, actos, hechos, omisiones, contratos y operaciones administrativas, ha desconocido la normatividad que regula la actividad pública y ha lesionado derechos e intereses de la comunidad, de los particulares o de otras entidades u organismos estatales.[1]"*

Por lo anterior, queda establecido que este Ministerio no tuvo ninguna participación en la causa del supuesto daño que el accionante alega haber sufrido con los actos los cuales solicita su nulidad.

De la naturaleza jurídica de la Corte Constitucional

De conformidad con el artículo 113 de la Constitución Política, la Corte Constitucional hace parte del nivel central de la Rama Judicial. Rama del poder público, que goza de autonomía administrativa y presupuestal sujeta a las normas de Derecho Público, conforme lo señala el artículo 228 de la Constitución Política.

De ahí que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público **no** pueda legalmente ser sujeto pasivo de la presente solicitud de conciliación como equivocadamente lo pretende el convocante, toda vez que su competencia funcional en la Administración Pública se refiere a funciones y actividades sustancialmente diferentes a las alegadas por el convocante.

Aspecto presupuestal.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1 del decreto 4689 de 2005, modificatorio del artículo 37 del decreto 359 de 1995, se tiene que a partir del 1 de marzo de 1995 los créditos judicialmente reconocidos, las conciliaciones y los laudos arbitrales, deberán ser remitidos por la autoridad judicial o la administrativa que los reciba, al órgano condenado.

En efecto, la mencionada norma dispone:

[1] Sentencia C-426 de 2002

eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co

"*Modificase el artículo 37 del Decreto 359 del 22 de febrero de 1995, el cual quedará así:*

"Artículo 37. A partir del 1° de marzo de 1995 los créditos judicialmente reconocidos, las conciliaciones y los laudos arbitrales deberán ser remitidos por la autoridad judicial o la administrativa que los reciba, al órgano condenado u obligado.

Cuando dos o más entidades públicas resulten obligadas a pagar sumas de dinero y no se especifique en la respectiva providencia la forma y el porcentaje con que cada entidad deberá asumir el pago, la obligación dineraria será atendida conforme a las siguientes reglas:

En conflictos de naturaleza laboral, el pago deberá atenderse en su totalidad con cargo al presupuesto de la entidad en la que preste o prestó el servicio en forma personal y remunerada el servidor público beneficiario de la sentencia, laudo o conciliación derivada de la relación laboral.

En conflictos de naturaleza contractual, deberá afectarse el presupuesto de la entidad que liquidó el contrato o, en su defecto, de la que lo suscribió.

Cuando la causa de la condena proviniere del ejercicio de las potestades excepcionales al derecho común consagradas en la Ley 80 de 1993 o en normas posteriores que la modifiquen, adicionen o complementen, deberá afectarse el presupuesto de la entidad que expidió el respectivo acto administrativo.

A falta de cualquiera de las anteriores hipótesis, el cumplimiento del pago de la condena deberá estar a cargo de la entidad que se benefició con la prestación contractual.

En conflictos de naturaleza extracontractual, deberá afectarse, en su orden, el presupuesto de la entidad responsable de la custodia y guarda del bien que produjo el hecho dañoso; o el de la entidad a la que prestaba sus servicios el servidor público que causó el perjuicio o incurrió en vía de hecho; o el de la entidad que omitió el deber legal que generó la condena; o el de la entidad que produjo la operación administrativa u ocupó inmuebles en los términos del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1°. Cuando una entidad pública sea condenada al pago de una indemnización, bonificación, salario o cualquier otra prestación laboral en beneficio de un servidor público que no ha estado vinculado a su planta de personal, deberá afectarse el presupuesto de la entidad a la que presta o prestó los servicios personales relacionados con la causa de la condena, aun si la indemnización consiste en el pago de prestaciones periódicas.

Parágrafo 2°. En los procesos de ejecución de sentencias en contra de entidades públicas de cualquier orden, los mandamientos de pago, medidas cautelares y providencias que ordenen seguir adelante la ejecución, deberán ceñirse a las reglas señaladas en el presente decreto. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 3°. En los créditos judicialmente reconocidos, cuyos beneficiarios para su cumplimiento, no hayan presentado la documentación establecida en los Decretos 768 de 1993, 818 de 1994 y demás normas que los modifiquen, adicionen o complementen, o que a la fecha de entrada en vigencia de este decreto no hubiesen sido atendidos por la entidad condenada, se aplicarán las reglas establecidas en los artículos anteriores".

Teniendo en cuenta lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no paga sentencias judiciales diferentes a aquellas que hayan sido generadas como consecuencia de sus actuaciones derivadas de sus propias competencias.

eouQ I8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co

eouQ t8Bh 6amd U8dm KlaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co

Capacidad y Legitimación en la causa del presente proceso judicial:

Frente al tema de capacidad y legitimación en la causa, y de la entidad encargada de representar judicialmente a la Rama Judicial, se debe tener en cuenta lo señalado en el artículo 159 del CPACA que establece las reglas sobre representación judicial en los casos de demandas contra entidades públicas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no puede legalmente satisfacer las pretensiones del actor, no solo porque no determinó, ni tiene incidencia en el ejercicio de funciones con los hechos que dan origen a la presente acción, sino además, porque la competencia para el manejo de las relaciones con los servidores y ex servidores, incluyendo el reconocimiento o no de prestaciones laborales, no está a su cargo, sino que es una atribución legal en cabeza la Dirección ejecutiva de la Rama Judicial, que tiene autonomía administrativa y patrimonial.

Finalmente, en armonía con las normas acabadas de citar, el Decreto 111 de 1996 por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto, establece que cada entidad con autonomía patrimonial y personería jurídica debe responder por las condenas judiciales de las que sea objeto.

> *"Artículo 45. Los créditos judicialmente reconocidos, los laudos arbitrales y las conciliaciones se presupuestarán en cada sección presupuestal a la que corresponda el negocio respectivo y con cargo a sus apropiaciones se pagarán las obligaciones que se deriven de éstos.*
>
> *Será responsabilidad de cada órgano defender los intereses del Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales, para lo cual el Jefe de cada órgano tomará las medidas conducentes. (...)"*

Como se desprende de lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, el hecho de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación, prepare el proyecto del Presupuesto, no quiere decir que este Ministerio deba responder por todas las obligaciones que eventualmente puedan surgir a cargo de la Nación; ya que el mismo estatuto tiene previsto en su artículo 45 la forma en que se atienden las obligaciones originadas en decisiones judiciales.

Por lo tanto, si eventualmente, como resultado de la presente acción, debe pagarse suma alguna, esa obligación la debe atender la entidad que, siendo órgano del presupuesto nacional, departamental o municipal, según el caso, directamente o a través de sus organismos adscritos o vinculados, haya contraído compromisos legales o contractuales que hayan servido de base o fundamento para establecer las responsabilidades debidamente probadas en el proceso.

El pago de una posible sentencia condenatoria deberá ser cubierto por el rubro de sentencias que conforma el presupuesto de la Rama Judicial.

El artículo 2.8.6.1.1. del Decreto 1068 del 26 de mayo de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público"*, señaló:

> *"Artículo 2.8.6.1.1. Remisión al órgano condenado u obligado. A partir del 1 marzo de 1995 los créditos judicialmente reconocidos, las conciliaciones y los laudos arbitrales deben ser remitidos por la autoridad judicial o la administrativa que los reciba, al órgano condenado u obligado.*
>
> *Cuando dos o públicas obligadas a pagar sumas dinero y no se especifique en la respectiva providencia la forma y el porcentaje con que cada entidad deberá asumir el pago, la obligación dineraria será atendida conforme a las siguientes reglas:*
>
> ***1. conflictos naturaleza laboral, el pago deberá en su totalidad con cargo al presupuesto de entidad en la preste o prestó el servicio en forma personal y remunerada servidor público beneficiario de la sentencia, laudo o conciliación derivada la relación laboral***
>
> *(...)"*

Antecedente judicial.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 3 de abril de 2014 dentro del proceso radicado con el N° 2012-00309-01, resolvió una controversia donde la parte actora pretendió *la inaplicación del artículo 2 numeral 3 del Decreto 618 de 2007, y del Decreto 658 de 2008, el artículo 4 numeral 3 del Decreto 723 de 2009, del Decreto 1388 de 2010, del Decreto 1039 de 2011 y del Decreto 814 de 2012, a la vez que se declare la nulidad del acto administrativo complejo compuesto por la decisión contenida en el oficio DESAJ11-JR-0555 de 17 de junio de 2011, la Resolución 11369 de 10 de octubre de 2010 y la Resolución 5747 de 1º de noviembre de 2010, mediante los cuales se negó la nivelación salarial por ella solicitada para que se le reconociera la remuneración correspondiente al cargo de Asistente Social Grado 18 de Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Aseguramiento, siendo su actual cargo el de Asistente Social Grado 1 de Juzgado de Familia.*

Al respecto debemos señalar que el Tribunal negó las pretensiones de la demanda, dictando sentencia entre otras, sin la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público como litisconsorte necesario.

Para concluir, es claro que de las normas citadas se desprende que no tienen, ni como ejecutor, ni como destinatario al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por lo tanto, los daños que se puedan causar en ejecución de tales normas no podrían imputarse a este Ministerio. Si se suprime mentalmente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en este proceso de responsabilidad, el daño, su causa y la entidad causante del mismo sigue existiendo, por lo tanto, se puede concluir que la presencia del citado Ministerio no influye en el presente caso.

eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co

Expuestas estas ***consideraciones***, se plantean en el siguiente capítulo las excepciones que buscan impedir la prosperidad de las pretensiones, sanear el proceso, obtener un pronunciamiento favorable para el Ministerio y evitar un eventual desgaste administrativo y judicial.

4.- EXCEPCIONES.

Le solicito señor Juez, se sirva declarar como probadas las siguientes excepciones que aquí se enuncian, además de cualquier otra que resulte acreditada en el proceso y que por ello deba ser acogida de oficio, en los términos del artículo 282 del Código General del Proceso C.G.P.

eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co

Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sea lo primero resaltar que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la CORTE CONSTITUCIONAL, son entidades que ostentan la calidad de entidades de derecho público, siendo la última una entidad parte del sector central de la Rama Judicial del Poder Público, en el orden nacional. Rama que goza de autonomía administrativa y presupuestal, la cual se sujeta a un régimen legal propio; razón por la cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público no tiene las atribuciones legales para determinar y aplicar, en el caso que nos ocupa, la **Nulidad y Restablecimiento de los actos administrativos,** tal atribución le corresponde exclusivamente a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

Es preciso entender que la legitimación en la causa determina quiénes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda. Además, es necesario saber si es posible resolver la controversia respecto a las pretensiones que existe en el juicio entre quienes figuran en él como partes, es decir, si actúan en el juicio quienes han debido hacerlo por ser las personas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la Litis.

De otro lado, el Consejo de Estado ha diferenciado entre la legitimación en la causa de hecho y la material. La legitimación de hecho en la causa se presenta por la vinculación que hace el demandante al demandado por atribuirle una conducta. La legitimación material en la causa se da para quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda. Precisamente, el H. Consejo ha explicado que:

> *"La falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerva la pretensión procesal en su contenido, como si lo hace la excepción de fondo. Ésta se*

caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo, que se propone o se advierte por el juzgador, para extinguir, parcial o totalmente aquella. La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta, por un hecho nuevo - modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante - que tumba la prosperidad de la pretensión, como ya se dijo, parcial o totalmente. En la falta de legitimación en la causa material por pasiva, como es la alegada en este caso, no se estudia intrínsecamente la pretensión contra el demandado para que éste no sea condenado; se estudia si existe o no relación real del demandado con la pretensión que se le atribuye. La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado."[[4]]

Al respecto el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 13 de mayo de 2004, radicado No. 25000-23-25-000-2002-02788-01(AP), M.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar, estableció:

"..Tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida, que debe ser objeto de la decisión. La legitimación en la causa se refiere a la relación sustancial que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial en litigio o que es el objeto de la decisión reclamada. La legitimación pasiva le pertenece al demandado y, a quienes intervengan para controvertir la pretensión del demandante; así el demandado debe ser la persona a quien conforme a la ley le corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda. Por lo anterior, la falta de legitimación en la causa no impide desatar el litigio en el fondo, pues, es evidente que si se reclama un derecho frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante..."

Así pues, la legitimación en la causa es el factor que determina quiénes pueden ser objeto activo o pasivo de una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en una demanda, en otras palabras, permite establecer si quienes actúan en el litigio han debido hacerlo por ser las personas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis.

En conclusión, la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público- no puede legalmente satisfacer las pretensiones del convocante, no sólo porque no expidió los actos administrativos demandados, sino porque constitucional y legalmente existen disposiciones que le impiden responder jurídicamente por imputaciones como las que se pretenden, toda vez que como sucede en este evento la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, tienen plena capacidad y autonomía para desplegar las funciones que legalmente le han sido atribuidas, sin que en cada caso tenga que acudir el Ministerio de Hacienda a los estrados judiciales a responder por cualquier situación anómala que se pudiera presentar.

De otra parte, dentro de las funciones atribuidas a los Ministerios en los artículos 59 y 61 de la ley 489 de 1998, así como en el decreto 4712 de 2008, mediante el cual se modifica la estructura

[4] Ibidem.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=

del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no se atribuye a éste la obligación de expedir actos administrativos relacionados con la nivelación salarial de los empleados de la Rama Judicial.

Una sentencia desfavorable al Ministerio de Hacienda y Crédito Publico vulneraría el principio de legalidad.

En el supuesto de condenarse al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se estaría violando el principio de legalidad, con base en las siguientes razones:

La actuación de los funcionarios del Estado está supeditada a la Constitución Política y las leyes. El artículo 6º de la Constitución Política determina que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y "por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones". En los actos de autoridad se limita la misma, expresamente, a lo ordenado por ésta y aquéllas. Esta noción está consagrada en la Carta Política de la siguiente forma:

> ***"Artículo 121**. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".*

Para las demás actuaciones, la ley o el reglamento determinan las funciones y el servidor público se compromete a cumplirlas en el momento en que asume el cargo. Así lo dispuso el Constituyente de 1991 al señalar:

> ***"Artículo 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".*

De esta manera, el principio de legalidad en las actuaciones de la Administración Pública no es una concesión graciosa al funcionario de turno ni una prerrogativa o sinecura para el mismo. Las funciones no pueden ser ejercitadas de forma arbitraria e ilimitada, pues su consagración es expresa y de interpretación restrictiva. Esta interpretación se pone de presente en la Sentencia C-337 del 19 de agosto de 1993, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se indica:

> *"(...)*
>
> *Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de autorización legal.*
>
> *(...)."*

eouQ t8Bh 6amd U8dm KlaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co

La función administrativa tiene condicionamientos al momento de ser ejercida, por principios que expresamente ha consagrado nuestra Constitución Política, así:

> ***"Artículo 209.*** *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*
>
> *Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".*

En desarrollo de las normas constitucionales citadas, la Ley 489 de 1998 en su artículo 5°, establece que los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, ordenanza, acuerdo o reglamento ejecutivo.

En consecuencia, no es legalmente factible exigir a una entidad el ejercicio de acciones que se encuentran por fuera de las funciones que expresamente le señale la Constitución y la ley, por lo que al juzgador le está constitucional y legalmente vedado impartir órdenes al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como las que pretende el accionante.

De todo lo anterior se concluye que, al servidor público solo le es posible cumplir con las funciones que expresamente se le han asignado, y debe hacerlo con la mayor diligencia posible. Su inobservancia le acarrea responsabilidades jurídicas y políticas que también las normas legales consignan[2].

También, debe tenerse en cuenta que según el Decreto 111 de 1996 *"Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto"*, uno de los principios del sistema presupuestal es el de la especialización, que consiste en que las apropiaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas, lo que significa, que está vedado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público destinar recursos de su presupuesto para pagar obligaciones originadas en otros órganos o entidades con autonomía administrativa, presupuestal y patrimonial.

Por lo tanto, pretender que las sumas a que se refiere el presente medio de control, se cubran con recursos del presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, comporta una violación a normas Constitucionales y legales, que daría al traste con la estructura Administrativa y Presupuestal de la Nación; pues sería un peligroso precedente para que en el futuro cualquier

[2] Corte Constitucional, Sentencia C-315 del 19 de Julio de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=

funcionario público, beneficiario de un crédito judicial, quisiera reclamar la satisfacción de su acreencia ante esta entidad, sin importar a que órgano del Presupuesto Nacional pertenece.

Fundamentación Fáctica y Jurídica de la Defensa

La fundamentación fáctica y jurídica de la defensa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público está sustentada en los siguientes argumentos:

- *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público es ajeno a cualquier relación jurídica con el demandante.*

- *No puede ser sujeto del presente medio de control, por cuanto no fue, ni es la entidad que pueda reconocer la nivelación salarial solicitada por el actor.*

- *No ha sido designado para asumir pagos en cabeza de otra entidad.*

Ahora bien, si la razón de la vinculación del Ministerio es asegurar el pago de las condenas, se reitera que la entidad demandada[3] cuenta con patrimonio y presupuesto propio[4], dentro de los cuales existe el rubro de sentencias judiciales.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público no funge como ordenador del gasto de los recursos de la Fiscalía General de la Nación.

PRESCRIPCIÓN

En caso de que su Despacho decida acceder a las pretensiones de la demanda, declare la prescripción de las sumas que llegare a reconocer, de conformidad con la prescripción trienal.

[3] *Rama Judicial.*

[4] *La Ley Orgánica de Presupuesto comprende los distintos presupuestos de los órganos del Estado, lo cual ratifica que por mandato constitucional, la apropiación de los recursos en el Presupuesto General de la Nación, no puede efectuarse por una vía distinta a la prescrita en la Constitución Política, de lo cual resulta que al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, atañe el giro de los recursos que correspondan a cada uno de los órganos del Estado, previo cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales señalados para el efecto. En ese sentido, el artículo 110 del Decreto 111 del 15 de enero de 1996 - Estatuto Orgánico del Presupuesto -, refiriéndose a la autonomía presupuestal de los distintos órganos del Estado, prescribió: Art. 110.- "Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. (...)*

eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=
Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co

EXCEPCION GENERICA

Propongo la excepción genérica, que según el artículo 282 del Código General del Proceso, se refiere a cualquier hecho exceptivo que resultare probado en el curso del proceso o a cualquier otra circunstancia en virtud de las cuales la ley considera que la obligación de mi representado no existió o la declara extinguida, o bien que no se pueda proferir la decisión de fondo.

5.- PETICIÓN

Por lo anterior, muy respetuosamente solicito tener en cuenta las argumentaciones aquí referidas y, en consecuencia, desvincular o en su defecto absolver del presente proceso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

6.- PRUEBAS

Me allano a las aportadas y solicitadas por las partes, y a las decretadas y practicadas por el Despacho en el proceso de la referencia.

7.- ANEXOS

- Poder para actuar.
- Resolución mediante la cual se delegan unas funciones.

8.- NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en la Secretaria de su Honorable Despacho, o en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Carrera 8 No. 6 C 38 - Edificio San Agustín – Grupo de Representación Judicial de la Subdirección Jurídica. Tel: 3811700, Correo electrónico: Notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co. Bogotá, D.C.

Atentamente,

ALEXANDER GARCÍA JIMÉNEZ
C.C. 1.010.175.216 de Bogotá
T.P. 241.662 del C. S. de la J.

Anexo: 3 folios

Validar documento firmado digitalmente en: http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co
eouQ t8Bh 6amd U8dm KtaB Dwr6 xX0=

DEAJALO20-5688

Bogotá D. C., 13 de agosto de 2020

Señor Conjuez
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
Sección Segunda, Subsección "B"
Ciudad

Referencia: Expediente: **25000234200020190054600**
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: **MARIA YENI ARISTIZABAL CUBIDES**
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

CLAUDIA LORENA DUQUE SAMPER, mayor de edad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderada de la NACIÓN - RAMA JUDICIAL en el proceso de la referencia, de conformidad con el poder conferido por la Directora de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, quien tiene delegada la función de representación judicial y extrajudicial de la entidad, la cual fue otorgada mediante Resolución No. 5393 del 16 de agosto de 2017, de manera respetuosa me permito presentar, dentro del término legal establecido, **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA,** bajo los argumentos que se pasan a exponer:

I. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas las declaraciones y condenas solicitadas en el líbelo de la demanda, y solicito se absuelva de las mismas a la Entidad que represento, declarando probadas las excepciones que de conformidad con el inciso segundo del artículo 187 del C.P.A.C.A. resultaren probadas.

II. A LOS HECHOS

En relación con los hechos, la entidad demandada únicamente acepta los relativos a los cargos desempeñados por la parte actora en la Rama Judicial, así como los extremos temporales que se encuentren debidamente soportados documentalmente.

Así mismo, se aceptan los relacionados con la presentación de la petición en sede administrativa, la expedición de los actos que hoy emergen como acusados, y el trámite de conciliación prejudicial, adelantado ante la Procuraduría General de la Nación.

Por lo demás, es pertinente advertir al Despacho que se tratan de enunciaciones normativas y apreciaciones subjetivas de la apoderada de la parte actora.

III. RAZONES DE LA DEFENSA

1. DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS MIEMBROS DEL CONGRESO Y LA FUERZA PÚBLICA – COMPETENCIA

El Congreso de la República, en ejercicio de su competencia principal de hacer las leyes, tiene el deber constitucional de estatuir el marco general, los objetivos y directrices que orientarán al Presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado, y dentro de estos, los adscritos a la Fuerza Pública.

A fin de proferir el mencionado régimen salarial y prestacional, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo nacional, desarrollan una competencia concurrente, la cual permite que el Congreso actúe, en primer término, trazando una línea general, para que luego el Presidente dentro del marco por este diseñado, lo proceda a dotar de contenido.

De esta forma, a través de una "ley marco o cuadro" el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse la materia, correspondiéndole al Presidente de la República el desarrollo de tales parámetros por medio de decretos. [1]

Es así como nace la ley 4ª de 1992; "*mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el* ***Gobierno Nacional*** *para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política*" **(Negrillas y subrayado fuera del texto original)**

La precitada ley, en el parágrafo del artículo 14 estableció: "Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad".
Ver Sentencia C 444 de 1997 Corte Constitucional.

Sin embargo, para realizar la lectura correcta de este parágrafo, debemos verificar que el mismo artículo establece tal obligación en el Gobierno Nacional. Esto es, "El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993 (...)

En otras palabras, es el mismo Gobierno Nacional quien debe ceñir el régimen salarial y prestacional por el cual la Direccion Ejecutiva de Administración Judicial realizará el pago

[1] NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, sentencia C-101-2003, M.P., Jaime Córdoba Triviño.

de salarios, primas y/o bonificaciones creadas mediante Decretos salariales y prestacionales.

Razón por la cual, a la fecha DEAJ no ha incumplido con el ordenamiento jurídico vigente, es en cambio el Gobierno Nacional el llamado a responder por la **NIVELACION O RECLASIFICACIÓN SALARIAL** de los empleados y/o funcionarios públicos, entre ellos los de la rama judicial, razón de las pretensiones de la demanda.

2. LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación en la causa por pasiva es entendida como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda, por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, por lo que para poder predicar esta calidad es necesario probar la existencia de dicha relación.

En tal orden, cabe destacar que dentro del expediente el mismo Demandante expone que la DEAJ, fue la única Entidad que dio respuesta de fondo al no acceder a lo solicitado, en tanto las otras entidades guardaron silencio, concretando de esta manera un silencio administrativo Negativo.

Vale la pena mencionar que, dentro de los hechos del libelo demandatorio la parte actora sabe, conoce y muy bien señala que es el Alto Gobierno (Presidencia de la República; Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Hacienda y crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública, quienes no han revisado ni implementado la mencionada Nivelación Salarial.

Por tanto, dado el marco de sus competencias funcionales, se encuentra probada la falta de legitimación por pasiva de la Dirección ejecutiva de Administración Judicial, toda vez que no le asiste a la Entidad que represento, la obligación de crear, modificar, nivelar o reajustar el Régimen Salarial y Prestacional de los Servidores Públicos.

IV. EXCEPCIONES

Presento como excepciones, las siguientes:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación en la causa, sea por activa o por pasiva, es un presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte. Es una facultad que le asiste a una persona, sea natural o jurídica, para ostentar dicha calidad y, por ende, formular unas pretensiones atinentes a hacer valer un derecho subjetivo sustancial o contradecirlas y oponerse a ellas. El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por la remisión expresa **consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A.**, prevé las excepciones previas como medios de defensa del accionado encaminados a dilatar la entrada a juicio. Su condición de previas o dilatorias resulta de la falta de capacidad para enervar por completo la pretensión principal del actor; por lo tanto, su constitución no aniquila el derecho subjetivo sustancial que se pretende hacer valer en el proceso, pero sí obliga a que el demandante

subsane las inconsistencias presentadas, pues de otro modo impedirán la continuación del tramite del asunto. Entre las mencionadas excepciones se encuentra la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda

El Artículo 100 del C.G.P. determina:

EXCEPCIONES PREVIAS. *Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:*
1. Falta de jurisdicción o de competencia.
2. Compromiso o cláusula compromisoria.
3. Inexistencia del demandante o del demandado.
4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.
6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.
7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.
11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.

Concordante con lo anterior, es necesario anotar, que **en materia de competencia**, conforme está consagrado en el artículo 150, numeral 19, literales E) y F) de la Constitución Política, le corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

En ejercicio de dicha facultad el Legislativo expidió la Ley 4ª del 18 de mayo de 1992, mediante la cual autoriza al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre estos los de la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales, para lo cual debe tener en cuenta, entre otros, los siguientes objetivos y criterios: El respeto de los derechos adquiridos tanto del régimen general, como de los especiales; La sujeción al marco general de la política macro económica y fiscal; La racionalización de los recursos público y su disponibilidad; El nivel de los cargos en cuanto a la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

De manera que es en virtud de lo establecido en la citada Ley, que la potestad para fijar los estipendios salariales y prestacionales de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, es decir que es éste, basado en la Constitución y la Ley, es quien determina dichas asignaciones, sin que la Rama Judicial tome parte funcional en este proceso y sobre cuya expedición no tiene injerencia la Rama Judicial del Poder Público - Consejo Superior de la Judicatura, pues solo cumple sobre estos actos administrativos una vez expedidos por la autoridad competente, una función ejecutora, de acatamiento y de aplicación frente a los servidores judiciales destinatarios de los pagos de salarios y prestaciones sociales en los términos y valores establecidos de manera anual en cada tabla de salarios. Por lo dicho se estima que la defensa de legalidad de estos actos hoy demandados está en cabeza del ejecutivo.

Adicional a lo anterior, cabe destacar que debido a que los actos sobre los cuales se va a ejercer control de legalidad fueron expedidos por Directores Seccionales de Administración Judicial y del Director Ejecutivo de Administración Judicial, se debe tener en cuenta la imposibilidad material de la Nación – Rama Judicial de reconocer los derechos ahora reclamados, pues debe considerarse que, como se explicó anteriormente, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones atribuibles al presupuesto de gasto sobre apropiaciones inexistentes, lo que significa que en el caso de acceder a las pretensiones de la demanda si están vinculadas las entidades referidas, especialmente el Ministerio de Hacienda y crédito Público, de paso se daría la orden a dicha cartera para que se hiciera la apropiación a favor de la Rama Judicial y así pagar la condena correspondiente sin que a futuro se puedan iniciar procesos ejecutivos por la falta de pago debido a que dicho Ministerio no ha hecho el giro de los dineros a los que habría lugar a cancelar.

En el mismo sentido, resulta necesario tener en cuenta el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala de Conjueces, Exp. 2016-00375, Dte: Leonel Díaz Mora, en audiencia inicial celebrada el 27 de julio de 2018, en el cual aceptó el llamamiento en garantía de la Nación – Presidencia de la República, Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública, bajo el argumento que estas entidades podrían eventualmente verse perjudicadas o beneficiadas con la decisión que se tomara en el caso correspondiente a las reclamaciones salariales allí pretendidas.

Así las cosas, nótese señor Conjuez la necesidad de que especialmente el Gobierno Nacional y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estén vinculados al presente asunto.

Por ende, de manera cordial, le solicito a su señoría se sirva llamar declarar probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA.**

2. AUSENCIA DE CAUSA PETENDI.

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se encuentra ceñida al ordenamiento jurídico y viene dando estricto cumplimiento a las normas que rigen al interior del Régimen Salarial y prestacional de los servidores públicos; con el único propósito de generar certeza y seguridad jurídica dentro del sistema normativo, por tanto no es posible producir efectos jurídicos de carácter particular contrariando disposiciones vigentes que regulan la materia objeto de controversia.

4. INNOMINADA: Prevista en el inciso segundo del artículo 187 del C.P.A.C.A., esto es, "*sobre cualquiera otra que el fallador encuentra probada*".

V. PRUEBAS

Comedidamente solicito al Honorable Magistrado, decretar las pruebas de oficio que considere pertinentes y útiles en el proceso y tener en cuenta los antecedentes administrativos adjuntos con el escrito demandatorio, que son copia del derecho de petición, los actos administrativos enjuiciados; razón por la cual, considero no es necesario allegarlos nuevamente, sin que se imponga la sanción contenida en el artículo 175 del CPACA, toda vez que lo que se pretende a través de lo allí dispuesto es la incorporación del expediente administrativo a fin de que el Juez de conocimiento, pueda examinar la génesis de la actuación administrativa impugnada.

VI. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7-96. Tel 5553939. extensión 1078, e-mails: [illegible]@ramajudicial.gov.co.

Del Honorable Conjuez, cordialmente,

CLAUDIA LORENA DUQUE SAMPER
C.C. 1.014.219.631 de Bogotá
T.P. 264.044 del C. S. de la J.

127

Doctor
LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
Magistrado Ponente
Sección Segunda – Subsección B
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
memorialessec02sbtadmcun@cendoj.ramajudcial.gov.co
Ciudad

Asunto: Expediente: 25000234200020190054600
Demandante: María Yeni Aristizabal Cubides
Demandado: Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho- Rama Judicial y otros.
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

LIGIA PATRICIA AGUIRRE CUBIDES, mayor de edad, domiciliada y residente en Bogotá, D.C., identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderada judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, entidad pública del orden nacional domiciliada en la ciudad de Bogotá, D.C., lo cual acredito con el poder adjunto que para tal efecto me fue conferido, por medio del presente escrito me permito respetuosamente **CONTESTAR** la demanda de la referencia, para lo cual procedo así:

I. PRETENSIONES.

De conformidad con las razones de la defensa que propondré a continuación, el Ministerio de Justicia y del Derecho se **OPONE** a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante.

II. HECHOS.

No consta ninguno de los hechos planteados por los demandantes y, por lo tanto, me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.

III. RAZONES DE DEFENSA

3.1. Falta de Legitimación Material en la Causa por Pasiva

Respecto al Ministerio de Justicia y del Derecho, es claro que esta entidad carece de **Falta de Legitimación Material en la Causa por Pasiva** y, por ello, NO debe o podría ser llamada o condenada en el referido asunto, como quiera que no fue la entidad que expidió los actos administrativos respecto de los cuales se solicita la nulidad.

Ahora bien, las funciones y competencias del Ministerio de Justicia y del Derecho están definidas en el Decreto 2897 de once (11) de agosto de 2011 modificado por el Decreto 1427 de 2017 y dentro de ellas no se encuentra ninguna atribución relacionada con el reconocimiento y pago de factores salariales o prestaciones sociales de funcionarios y/o ex funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual no pudo violentar ninguna de las disposiciones señaladas en la demanda.

El apoderado sustenta sus peticiones en la negativa por parte de las Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de llevar a cabo el reconocimiento y pago de la bonificación judicial devengada por la accionante en virtud de lo establecido en el Decreto 0383 de seis (6) de marzo de 2013, ".. con *carácter salarial y prestacional, ...",* situación que de entrada permite vislumbrar la inexistencia de relación entre esta entidad y los hechos y pretensiones planteados en la demanda.

Se fundamenta la falta de legitimación material en la causa por pasiva frente al Ministerio de Justicia y del Derecho dentro del presente proceso, teniendo en cuenta los siguientes planteamientos:

.- El artículo 113 de la Constitución Política señala que son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial y que "*Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*"

.- El artículo 123 ibídem, inciso 2º, dispone: "*Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento*".

.- El artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, señala:

> "***Las entidades públicas***, *los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes,* ***demandados*** *o intervinientes* ***en los procesos contencioso – administrativos, por medio de sus representantes****, debidamente acreditados. (Subrayas fuera de texto)*
> ***La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales****, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. (Subrayas fuera de texto).*
> ..."

.- El artículo 162 ibídem, establece los requisitos que toda demanda debe reunir ante la jurisdicción contencioso administrativa y en su numeral 1o. establece: "*La designación de las partes y de sus representantes*".

- Por su parte, el numeral 8° del artículo 99° de la Ley 270 de 1996, establece que corresponde al Director Ejecutivo de Administración Judicial "*Representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales; y*,"

En tratándose de la representación de la Nación en asuntos en los cuales se debate la legalidad de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y/o la Rama Judicial, ha reiterado el Consejo de Estado, refiriéndose a los artículos 22 y 27 del Decreto 2699 de 1991, en decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicación 13001-23-31-000-1996-01111 (15348), Actor: Orlando García Cuellar, Demandado: Fiscalía General de la Nación; recordando la Sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil uno (2001), Consejero Ponente Dr., Ricardo Hoyos Duque, expediente 12.787:

> *"Estas normas en su orden dispusieron que el Fiscal General de la Nación tendría la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público y que la Oficina Jurídica tenía dentro de sus funciones, la representación de la Fiscalía mediante poder conferido por el Fiscal General, en los procesos en que ésta fuera demandada. La vigencia de estas normas se prolongó hasta la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270/96), en cuyo artículo 99-8, de manera genérica, se atribuyó al Director Ejecutivo de Administración Judicial la función de representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales, disposición modificada en cuanto a la Fiscalía General de la Nación, por cuenta del artículo 49 de la ley 446 de 1998, tal como lo concluyó esta Corporación en sentencia proferida el 13 de diciembre de 2001, exp: 12.787, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque".*

Teniendo en cuenta que el Ministerio de Justicia y del Derecho pertenece a la Rama Ejecutiva y no a la Rama Judicial, y que no tiene asignada dentro de sus competencias legales ninguna atribución relacionada con la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas por la demandante como funcionario de la Rama Judicial incluyendo la bonificación judicial creada en el Decreto 0383 de seis (6) de marzo de 2013, y dado que mi representada no funge como empleador de la accionante; de conformidad con lo dispuesto el artículo 159 del CPACA, y demás normas citadas; en sana lógica jurídica se impone su total absolución.

Como se puede observar de las normas trascritas, el Ministerio de Justicia y del Derecho no es la autoridad legitimada para defender los intereses de la Nación respecto de la solicitud de nulidad del acto administrativo expedido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Las disposiciones anteriormente citadas, establecen con claridad meridiana cuales son los funcionarios sobre los cuales recae la responsabilidad de representar judicialmente a la Nación, entendida esta última, con sus diferentes organismos y cumplimiento de funciones, por lo que de ellas se desprende que el Ministerio de Justicia y del Derecho no representa a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. De allí que no se puede responsabilizar al Ministerio, por los hechos que dieron origen al presente

trámite, por lo que se configura la excepción de Falta de Legitimación Material en la Causa por pasiva.

De lo anteriormente expuesto, se infiere: i) Que el Ministerio de Justicia y del Derecho no expidió el acto administrativo que dio origen a la presente demanda, ii) Que el Ministerio de Justicia y del Derecho no tiene asignada dentro de sus competencias legales ninguna atribución relacionada con el reconocimiento y pago de factores salariales o prestaciones sociales de funcionarios y/o ex funcionarios de la Rama Judicial, y iii) Que no representa legalmente a la Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. En tal sentido, solicito respetuosamente se declare probada esta excepción y como consecuencia se desvincule del proceso al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Sobre la falta de legitimación material en la causa por pasiva, presupuesto necesario de la sentencia favorable, ha dicho lo siguiente el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007), Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, Radicación 11001032600019971350300; citando una Sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001), Consejera ponente Dra., María Elena Giraldo Gómez, expediente 13.356, de la propia Sección Tercera:

> *"La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante".*

3.2. Cumplimiento Ley 4ª de 1992

Con fundamento en lo establecido en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es preciso señalar que el gobierno nacional expidió los Decretos 51, 53 Y 57 de 1993, para efectos de establecer a nivelación salarial de la Rama Judicial, así:

- Decreto 51 de 1993 *"Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la rama judicial, del Ministerio Público, de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones."*

- Decreto 53 de 1993 *"Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones."*

125

- Decreto 57 de 1993 *"Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones.".*

  "ARTÍCULO 2º. *Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto. Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha."*

Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado en el siguiente sentido:

- Sentencia de 1°. de agosto de 2008, emitida por el H, Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, C.P. Dr, Francisco Julio Taborda Ocampo, que señala:

  "Resulta claro que el Gobierno Nacional (...) expidió los Decretos 53 y 57 de 1993, dando cumplimiento al artículo 14 de la Ley 4ª de 1993, tendiente a fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación. De esta manera (...) el Gobierno Nacional estaba dando cumplimiento con los expresos mandatos cuyo incumplimiento denuncia el accionante ..."

- Sentencia de veintiocho (28) de julio de 2008, Expediente No. 2008.00097-00 a través de la cual el H. Tribunal Administrativo de Nariño, Conjuez Ponente Dr. Efraín A. Bermúdez Mora, indicó:

  "Posteriormente el Gobierno Nacional en uso de las facultades consagradas en el artículo 14 de la citada Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 57 de 1993 "Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones.". Esta norma según se deduce de su contenido, fue consecuencia directa de la orden contenida en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992..."

  "Como se puede apreciar con mediana claridad, el Gobierno Nacional desde el año 1993, le dio cumplimiento a la orden impuestas por el legislador en el parágrafo del artículo 14 ce la Ley 4ª de 1992 a través del Decreto 57 de 1993 y, en consecuencia, no habrá lugar a ordenar cumplir con algo que ya se hizo."

- *La H. Corte Constitucional* en Sentencia T.679 de 2003, M,P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, expuso:

  "*Con el cambio constitucional de 1991 y la creación de la Fiscalía General de la Nación, el Legislador estableció las reglas generales que debía tener en cuenta el gobierno al diseñar los distintos regímenes salariales para los funcionarios públicos. En desarrollo de la Ley 4ª. de 1992 el Gobierno Nacional fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos – entre ellos los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación bajo un esquema de regímenes especiales, cuya constitucionalidad ya ha sido aceptada por esta Corte...".*

Si bien la nivelación salarial ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 43 de 1992 no estaba sujeta a ningún referente porcentual para la nivelación y ajuste de las asignaciones salariales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que el Gobierno Nacional, al dictar en el año 1993 los decretos que desarrollaron dicha disposición, al tiempo de unificar el salario de todos los empleados de la Rama Judicial y la FGN de las distintas jurisdicciones del territorio nacional otorgó incrementos que superaron en muchos casos el 100% del salario que devengaban tales servidores en el año inmediatamente anterior" (régimen ordinario), y en otros casos los incrementos alcanzaron cifras iguales o superiores (régimen optativo).

El Decreto 57 de 1993 en materia salarial presenta una variación sustancial frente al régimen salarial anterior pues, a efectos de dar tratamiento salarial igualitario y equitativo, opta por identificar empleos y su correspondiente remuneración mensual por categorías de despacho judiciales. Así determinado el nuevo régimen de nomenclatura y salarios se da desarrollo a la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad funcional, pues se tiene que empleos de igual denominación, naturaleza de funciones, complejidad y ubicación funcional tienen idéntico tratamiento salarial.

Como puede observarse con la creación de los regímenes salariales antiguo y optativo se eliminaron las dispersiones de ingreso salarial mensual preexistentes en estos organismos al amparo del anterior régimen; nivelando así las remuneraciones mensuales correspondientes a empleos de igual naturaleza y complejidad funcional.

Así las cosas, no cabe duda que el gobierno nacional ha venido expidiendo desde el año 1993 la normativa que establece en el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial la nivelación o reclasificación dispuesta en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, modificado por la Ley 332 de 1996.

3.3. Respecto de la inaplicación por inconstitucional de la expresión "constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al *sistema*" contenida en el artículo 1º del Decreto 383 de 2013, así como las expresiones "... *y constituye únicamente factor salarial para la base a la cotización del sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud*" contenidas en el artículo 1º de los Decretos 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017 y 340 de 2018.

A este respecto, es relevante destacar que el antecedente directo de la expedición de los Decretos 382, 383 y 384 de 2013, 022 de 2014,1269 y 1270 de 2015, tuvo como génesis el cese de actividades de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación Dicha huelga se solucionó en parte, con la firma del Acta de Acuerdo conformándose una Mesa Técnica Paritaria, con el fin de revisar la remuneración de tales servidores, con una adición presupuestal por importe de un billón doscientos veinte mil millones ($1,220,000,000.000) de pesos m/cte., cifra a dividir durante las vigencias fiscales del 2013 al 2018.

En consecuencia, la desventaja salarial alegada en su momento por los miembros de los sindicatos del Sector Justicia no se generó por el incumplimiento de la orden de nivelación salarial, establecida en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, pues como se expuso en párrafo más arriba, aquélla ya había sido modulada por el Gobierno Nacional, a través de los Decretos 53 y 57 de 1993.

Por el contrario, el mencionado menoscabo salarial alegado por dicho sector estuvo fundado en la expedición del Decreto 610 de 1998, el cual reguló la bonificación por compensación para los Magistrados de Tribunal. Esta normativa derivó en que los demás empleados y funcionarios de la Rama Judicial solicitaran una nueva intervención del Gobierno Nacional para reajustar su escala salarial.

Paralelamente, los miembros designados para participar en la mesa paritaria realizaron sesiones cuyos resultados y acuerdos fueron resaltados por las partes, indicando que la distribución realizada garantizó los criterios de equidad, gradualidad y proporcionalidad de los ingresos totales de los servidores, así como la jerarquía y complejidad funcional de los empleos, como consta en el Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 2012, la cual tuvo continuación mediante el Acta del 8 de enero de 2013, dando lugar a la expedición de los siguientes Decretos:

- Decreto 382 de marzo 6 de 2013 -Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación".

- Decreto 383 de marzo 6 de 2013 "Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar'.

- Decreto 384 de marzo 6 de 2013 "Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial".

- Decreto 022 de enero 9 de 2014 "Por el cual se modifica el Decreto 0382 de 2013".

- Decreto 1269 de junio 9 de 2015 -Por el cual se modifica el Decreto 383 de 2013".

Los ajustes planteados en los decretos cuestionados guardan coherencia con el marco general de la política macroeconómica y fiscal, la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, es decir, las limitaciones presupuestales para cada organismo.

Al amparo de lo anterior, se identificó que la bonificación por compensación y su carácter especial afectaba el equilibrio del sistema salarial, pues desarrolla un elemento de similar naturaleza y pago mensualizado, con igual efecto frente al ingreso

base de cotización del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En tales circunstancias, es claro que la bonificación judicial viene a ser un beneficio que se instituye en el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar, entre otros. Inicialmente, este beneficio estaba previsto para el personal cobijado por el régimen optativo, sin embargo, en garantía del derecho a la igualdad, se extendió a los servidores que en su momento decidieron rnantenerse en el denominado régimen ordinario.

Esta extensión se predica del derecho a obtener un ingreso igual total entre los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que desempeñan el mismo empleo.

Los Decretos 382, 383 Y384 de 2013, 022 de 2014, 1269 Y 1270 de 2015 establecen que la bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía, de la Rama Judicial, de la Justicia Penal Militar, y de la Dirección Ejecutiva y de las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial, respectivamente, se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social el Salud.

A este respecto, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial en varias oportunidades. Para el asunto objeto de estudio, es pertinente traer a colación lo expresado por el Alto tribunal en sentencia C-244 de 2013, a través de la cual se dio a la tarea de efectuar un recuento histórico del régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, a partir del cual, concluyó que la determinación de la naturaleza jurídica de la denominada inicialmente "*prima especial*" y de su carácter prestacional puede tener efecto en las "*bonificaciones*", posteriormente creadas para remplazarla. De manera que lo que se diga sobre la naturaleza jurídica de la misma también resulta aplicable a la naturaleza jurídica de las "*bonificaciones*", dado que sus características son fácilmente asimilables al salario.

Así lo expresó la Corporación, en el fallo arriba señalado:

> *"La primera ocasión donde la Corle estudió e/lema fue en la sentencia C-219/96 "(..,) "el legislador había afirmado varias veces que la prima técnica no constituía factor salarial, ni en las normas generales que establecían la prima técnica, ni en las específicas que la aplicaban a la nivelación de ingresos del sector justicia".*
>
> *En este proceso se acusaban los artículos 14 y 15 do 18 Ley 4ª al prever que la prima especial aplicable a los funcionarios allí contemplados no constituía factor salarial (en continuidad con lo idénticamente establecido en la Ley 60 de 1990 y los Decretos que la desarrollaron). La Corte Constitucional decidió en esta ocasión que la negación del carácter salarial a la prima especial allí concedida no violaba le Constitución Política."*

"(...) La Corte acepta que el tratamiento ordinario del derecho laboral ha llevado a tratar las remuneraciones habituales como parte del salario. Pero señala que ello no necesariamente debe ser así sino que tal decisión no es constitucionalmente imperativa, sino que cae dentro de la órbita de libertad de configuración del legislador.

"... En varias ocasiones, la Jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corle Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas legales acusadas bien podrían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para electo de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquél.

"... Para la Corte Suprema. respaldada ahora por la Constitucional, "este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las Indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajado~ no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que Impida el legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter".

"(...) Con este reconocimiento, la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional."

"(...) En la segunda intervención de la Corte Constitucional en este idéntico tema, la Corte decidió en la C-052199 estarse a lo dispuesto en la sentencia C279/96 por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. En aquella ocasión, los demandantes propusieron argumentos de derecho social del trabajo similares a los desestimados por la Corte en su primera sentencia de 1996.

"La Corte asumió por tercera ocasión la constitucionalidad de esta misma problemática en la sentencia C-681/03. La demanda vuelve a cuestionar la Ley 4ª, pero apoyada ahora en la expedición de la Ley 332/96 en la que se desequilibró el régimen laboral y prestacional entro los funcionarios de los artículos 14 y 15. En la Ley 332/96, como hemos visto, se le dio carácter salarial únicamente a la prima especial recibida por los funcionarios del artículo 14, y solo en lo que tiene que ver con la cotización y liquidación de pensiones.

"(...) Frene a esta situación la Corte Constitucional f...) accedió a las pretensiones de la demanda al encontrar que la Ley 332 no habla tenido ningún motivo justificado al establecer una diferenciación entre los funcionarios del articulo 14 y los del 15. Así pues, la prima técnica también debía contar como factor salarial para los funcionarios del artículo 15 (siempre y cuando sus pensiones fueran liquidadas con los rubros propios de su cargo. y no con los de los Congresistas). Por esta vía, la Corte procedió a declarar inconstitucional la expresión, sin carácter salarial" del artículo 15, pero añadiendo en la parte decisoria de la sentencia que tal prima sólo tendría carácter salarial con relación a la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de dichos funcionarios, y sin afectar las otras prestaciones sociales reconocidas por la ley.

"Como resulta claro de este recuento, la demanda motivo del presente proceso de constitucionalidad en realidad está desafiando la interpretación restrictiva dada por la sentencia C-681/03 al declarar inexequible la expresión "sin carácter salarial" del artículo 15 de la Ley 4e. No vemos razones suficientes que permitan variar la cosa juzgada constitucional laboriosamente construida mediante los precedentes que se acaban de repasar. Una nueva variación de la

jurisprudencia en este sentido traería consecuencias altamente desfavorables para la estabilidad jurídica y podría llegar a afectar una voz más, la liquidación de prestaciones sociales (incluso con efectos retroactivos), generando así una nueva ola de litigios y de incertidumbre en un área del derecho laboral administrativo que ya ha contado con una excesiva fragmentación normativa y jurisprudencia que las salas de conjueces han advertido en diversas ocasiones". (Resaltado fuera del texto original).

Ahora bien, en el caso de la bonificación judicial creada y regulada en virtud de los Decretos 382, 383 y 384 de 2013, 022 de 2014, 1269 y 1270 de 2015, resulta válido aducir los mismos argumentos señalados por la Corte Constitucional, previamente citados, respecto del carácter salarial de la bonificación para efectos pensionales en términos semejantes en los establecidos en los actos demandados. según los cuales la bonificación judicial que se crea para los servidores de la Fiscalía, la Rama Judicial, la Justicia Penal Militar, la Dirección Ejecutiva y las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En tal evento, establecer un concepto diferente significarla crear un trato discriminatorio frente a los otros servidores de la Rama Judicial, en cuyo favor se han creado prestaciones similares con carácter salarial para efectos pensionales, únicamente.

Vistas las anteriores consideraciones, es claro que el Gobierno nacional ha dado estricto cumplimento y desarrollo a los mandatos contenidos en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, en especial el relativo a la nivelación salarial prevista para los empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, conforme quedó consignado en las Actas de Acuerdo de Nivelación Salarial referidas de fecha 6 de noviembre de 2012 y del 8 de enero de 2013, sin que pueda afirmarse válidamente que se ha excluido de tales beneficios y aumentos salariales a servidor público alguno, o que se afecten los principios de igualdad y de progresividad de los derechos laborales dispuestos en dicha norma.

PETICIÓN

Por lo expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente **declarar probada la excepción de Falta de Legitimación Material en la Causa Por Pasiva** respecto de la solicitud de nulidad de los actos administrativos expedidos por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la consiguiente desvinculación del Ministerio de Justicia y del Derecho en el trámite de la presente demanda, por cuanto los supuestos fácticos le son imputables a una persona jurídica diferente al mismo, por tratarse de asuntos ajenos a su actuar o competencia.

IV. PRUEBAS

Respetuosamente solicito, se tengan como pruebas las documentales que se adjuntan en un CD "*SOPORTES ACUERDOS PARO JUDICIAL 2012*":

132

V. RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA.

Para que se reconozca personería jurídica a fin de actuar en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, me permito adjuntar poder debidamente conferido y sus anexos.

VI. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Al respecto debo precisar que el Ministerio de Justicia y del Derecho no tiene en su poder antecedentes administrativos relacionados con el objeto de la demanda y por esta razón no puede allegar copia de los mismos.

VII. NOTIFICACIONES.

Tanto el Ministerio de Justicia y del Derecho como la suscrita apoderada recibimos notificaciones personales en la calle 53 No. 13-27 de la ciudad de Bogotá, D.C. y/o en el correo electrónico: *notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co* *y/o ligia.aguirre@minjusticia.gov.co*.

Sin otro particular, me suscribo atentamente.

LIGIA PATRICIA AGUIRRE CUBIDES
C.C. No. 52.027.521 de Bogotá
T.P. No. 114521 del C.S.J.

Anexo: Lo enunciado.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 0583

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

Magistrado
Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda Subsección B
E. S. D.

Medio de Control:	Contestación Demanda Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	ARNALDO DE JESUS VERGARA MADERA
Demandado:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA
Radicación No.	25002342000201900583 00

LEONORA BARRAGAN BEDOYA, identificada con Cedula de Ciudadanía No. 30.289.596, domiciliada en esta ciudad, Directora del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Regional Cundinamarca, según Resolución No. 1-0064 del 24 de enero de 2020 y Acta de Posesión No. 011 de la misma anualidad, expedida por el Director General de la Entidad, y actuando en nombre y representación del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA**, Establecimiento Publico descentralizad de Orden Nacional, creado por el Decreto 118 del 21 de junio de 1957 y restaurado por el Decreto 249 del 28 de Enero de 2004, en virtud de la delegación de funciones establecida en la Resolución No.0236 del 17 de Febrero de 2016, respetuosamente manifiesto que OTORGO poder especial, amplio y suficiente a la Doctora **CAROLINA CARDONA BUENO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.558.762 de Cali y Tarjeta Profesional No. 124.147 del C. S. de la J., para que represente la entidad en el proceso de Nulidad y Restablecimiento de Derecho que está cursando en este despacho:

RESPUESTA A LAS PRETENSIONES

A LA PRETENSION PRIMERA: No me opongo a esta pretensión por cuanto el demandante tiene acceso a la justicia.

A LA PRETENSION SEGUNDA: Me opongo a que se declare la nulidad del acto que resolvió negar la reclamación administrativa con radicado No. 2-2018-0043354 del 18 de octubre de 2018 con el que se solicitó el reconocimiento de una relación laboral entre el señor Arnaldo de Jesús Vergara Madera y el SENA con ocasión de los contratos de prestación de servicios para impartir formación en los programas de formación de titulada y complementaria del Centro de Biotecnología Agropecuaria, por cuanto, no existe elemento probatorio que, de mérito a la existencia del mismo, y por el contrario los contratos de prestación de servicios celebrado entre el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, gozaron de autonomía técnica, administrativa y financiera y en ningún caso se configura una subordinación en el desarrollo de la actividad contractual.

A LA PRETENSION TERCERA: Me opongo a que se declare la existencia de una relación laboral entre el señor Arnaldo de Jesús Vergara Madera y el SENA, por cuanto no existe material probatorio suficiente que desvirtué la naturaleza de los contratos de prestación de servicios celebrados entre el demandante y el SENA en el cual se ha pactado de forma expresa el objeto, obligaciones, actividades, plazo, condiciones de pago y demás aspecto de orden contractual que son de naturaleza civil y se encuentra en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008 y Decreto 734 de 2012 para la época de los hechos.

A LA PRETENSION CUARTA: Me opongo por cuanto la naturaleza de los contratos celebrados corresponde a prestación de servicios, en este sentido el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 expresa:

"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".

De acuerdo a la naturaleza contractual de los contratos celebrados estos no prevén ningún tipo de relación laboral ni prestaciones sociales por lo cual no es procedente el reconocimiento de las mismas.

A LA PRETENSION QUINTA: Me opongo a esta pretensión por cuanto en su momento el SENA sirvió como agente retenedor por ser el contratante dinero que una vez retenidos fueron remitidos a las arcas del estado.

A LA PRETENSION SEXTA Y SEPTIMA: Me opongo por cuanto el pago de los aportes de pensiones se realizó con la base de cotización se realizó de acuerdo a lo establecido en la Ley 100 de 1993 para este tipo de contratos de prestación de servicio, que corresponde a la base del 40% de los horarios pactados.

A LA PRETENSION OCTAVA: Me opongo a esta pretensión puesto que la naturaleza del contrato es de prestación de servicios y este tipo de contrato no genera relación laboral ni prestación social.

A LA PRETENSION NOVENA: Me opongo a esta pretensión por cuanto el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, realizo la retención en la fuente de acuerdo a lo normado por el estatuto tributario, como mecanismo por medio del cual la Nación como sujeto activo, asegura el pago de la obligación tributaria del contribuyente de manera anticipada, actuando solamente la entidad como agente retenedor y dineros que finalmente fueron trasladada a la DIAN, por lo que se trata de una cuestión de índole tributaria, ajena a lo que propiamente constituye el presente litigio, por lo cual no resulta procedente acceder a tal petición, por cuanto no es un asunto de naturaleza laboral; para el efecto puede consultarse la sentencia CSJ SL del 29 de jun. 2001, rad. 15499, reiterada, entre otras, en la CSJ SL del 14 de oct. 2009, rad. 34559 y del 23 de oct. 2012, rad. 41579».

A LA PRETENSION DÉCIMA: Me opongo a esa pretensión por cuanto la indemnización moratoria por falta de consignación oportuna de cesantías en el Fondo de Cesantías se genere la mora debe existir un derecho reconocido y este solo existiría en el caso remoto en que el juez accediera a las pretensiones de la demanda, fecha que iniciaría a contabilizarse desde la ejecutoria de la sentencia, por lo cual no es procedente dicha condena.

A LA PRETENSION DÉCIMA PRIMERA A DECIMA QUINTA: Me opongo a las pretensiones al estar dependiendo de las anteriores pretensiones.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS HECHOS

AL PUNTO PRIMERO: No es cierto. Entre el señor Arnaldo de Jesús Vergara Madera y el SENA se celebró diferentes contratos de prestación de servicio entre los años 2008 al 2015, los cuales tenían un plazo, objeto y honorarios pactados de acuerdo a la necesidad del servicio para prestar con plena autonomía técnica administrativo y de forma articulada a los lineamientos institucionales, el desarrollo de las actividades de formación en los programa titulada y complementada brindados por el SENA, tal como se relaciona a continuación:

CONTRATO	FECHA DE CELEBRACION	OBJETO	TERMINO	INTERRUPCIÓN DE CONTRATOS	VALOR
192	25 de abril de 2008	Prestación de servicios personales en las unidades de emprendimiento y empresario para apoyar el empleo, observatorio laboral y ocupacional colombiano	4 meses	25 de agosto de 2008	$9.600.000
454	4 de septiembre de 2008	Prestación de servicios personales en las unidades de emprendimiento y empresario para apoyar el empleo, observatorio laboral y ocupacional colombiano	2 meses y 20 días	24 de noviembre de 2008	$6.400.000
201	26 de febrero de 2009	Prestación de Servicios profesionales para desarrollar acciones propias del proceso de formación integral como instructor para impartir formación profesional integral en el área de emprendimiento de aprendices realización de diseños curriculares y formulación, y presentación de proyectos de acuerdo a los honorarios y cronogramas que se establezcan dentro de los programas que el SENA viene desarrollando en el centro de Biotecnología Agropecuaria.	5 meses	25 de julio de 2009	$12.900.000
569	9 de septiembre de 2009	Prestación de Servicios profesionales para desarrollar acciones propias del proceso de formación integral como instructor para impartir formación profesional integral en el área de emprendimiento de aprendices realización de diseños curriculares y formulación, y presentación de proyectos de acuerdo a los honorarios y cronogramas que se establezcan dentro de los programas que el SENA viene desarrollando en el centro de Biotecnología Agropecuaria.	3 meses y 20 días	30 de diciembre de 2009	$7.482.000

237	27 de enero de 2010	Prestar servicios profesionales para desarrollar el componente técnico y empresarial para el montaje de unidades productividad, en el área de organización y fortalecimiento de empresas del sector rural para la producción y comercialización de productos campesinos, articulación a los mercados de consumo y asesoría para el acceso al crédito, en el marco del programa jóvenes rurales emprendedores en el departamento de Cundinamarca	8 meses	20 de septiembre de 2010	$21.439.960
587	6 de diciembre de 2010	Prestación de Servicios personales como instructor contratista, impartiendo ciento veinte (120) horas formación complementaria presencial, en talleres de asesoría en organización de empresas de economía solidaria en el Centro de Biotecnología Agropecuaria del SENA	30 de diciembre de 2010	120 horas	$2.415.000
514	14 de julio de 2011	Prestación de Servicios profesionales y de apoyo para orientar procesos de formación integral por proyectos en la modalidad de titulada y complementaria por periodos fijos en el área de emprendimiento empresarial según la programación y en municipios de cobertura del Centro de Biotecnología Agropecuaria.	13 de diciembre de 2011	5 meses	$13.933.333
245	25 de enero de 2012	Prestación de Servicios personales de carácter temporal y de apoyo para orientar procesos de formación integral en los programas de formación titulada por periodo fijo de acuerdo a su perfil y las necesidades del Centro de Biotecnología Agropecuaria.	30 de junio de 2012	5 meses y cuatro días.	$13.520.000
474	11 de julio de 2012	Prestación de Servicios personales de carácter temporal y de apoyo para orientar procesos de formación integral en los programas de formación titulada por periodo fijo de acuerdo a su perfil y las necesidades del Centro de Biotecnología Agropecuaria.	14 de diciembre del 2012	5 meses	$14.960.000
1203	25 de enero de 2013	Prestación temporal de servicios personales y/o profesionales para apoyar al centro de biotecnología agropecuaria del Sena regional Cundinamarca, el lapso de enero a diciembre de 2013 en los programas de formación titulada y complementaria.	20 de noviembre de 2013	10 meses	$30.081.760
1688	24 de enero de 2014	Prestar los servicios personales de carácter temporal para impartir formación en programas de titulada y complementaria en el Centro de Biotecnología Agropecuaria y municipios de jurisdicción.	19 de agosto de 2014	7 meses	$22.219.400
959	27 de enero de 2015	Prestar con plena autonomía técnica y administrativa y de forma articulada con los lineamientos institucionales, el desarrollo de las actividades de formación en los programas de TG GESTIÓN DE MERCADOS, GESTIÓN LOGISTICA o en otros programas que permita su perfil profesional y de acuerdo con las necesidades del Centro de Formación a la programación establecida y a los productos de formación pactados.	06 de octubre de 2015	08 meses y 5 días	$32.476.249

AL PUNTO SEGUNDO Y TERCERO: No es cierto. Entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA celebró contrato de prestación de servicio con plena autonomía técnica y administrativa y de forma articulada con los lineamientos institucionales por lo tanto esta contratación no genera vínculo laboral lo que ocasionó que no se derive ningún pago por concepto de prestaciones sociales.

AL PUNTO CUARTO Y QUINTO (SIC): Es cierto el señor Arnaldo de Jesús Vergara Madera presto Servicios como instructor en el Centro de Biotecnología Agropecuaria.

AL PUNTO SEXTO: Es cierto. El Contrato por Prestación de Servicios No. 959 suscrito desde el 28 de enero de 2015 se pactó entre partes el pago de honorarios la suma de Tres millones Doscientos Mil Pesos $3.200.000 mensual.

AL PUNTO SEPTIMO: No es cierto. Los contratos de prestación de servicios se realizan intuito persona puesto que los que se contrata por parte de la entidad publica es la idoneidad de la persona natural o jurídica para el desarrollo del contrato.

AL PUNTO OCTAVO: No es cierto. Por cuanto el pago de los aportes de pensiones la base de cotización se realizó de acuerdo a lo establecido en la Ley 100 de 1993 para este tipo de contratos de prestación de servicio, que corresponde a la base del 40% de los horarios pactados el cual está a cargo del contratista independiente.

AL PUNTO NOVENO Y DÉCIMO: No es cierto. Tal como se expuso el contrato de prestación se prestó con plena autonomía técnica administrativo tal como se relaciona a continuación:

A. Primer Elemento, la presentación personal del servicio

De acuerdo a las cláusulas establecidas en el contrato de prestación de servicios se dejó claramente estipulado por las partes "*... el contratista no podrá ceder en todo o en parte a persona natural o jurídica alguna, los derechos y obligaciones inherentes al presente contrato, salvo autorización expresa de la entidad contratante, de conformidad con el artículo 41 inciso 3 de la ley 80 de 1993...*" siendo este claramente un acuerdo de voluntades de las partes.

El art. 23 de la Ley 1150 de 2007, modificó el inciso segundo de éste artículo así:

"*Los contratos estatales son "Intuito personae" y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.*"

Dada la naturaleza del contrato, *la idoneidad y experiencia requerida para el desarrollo del objeto contractual se debe entender que la entidad debe asegurar que en el momento que celebra el contrato de prestación de servicio, sea la persona que cumple con estos requisitos quien desarrolle el objeto contractual, por lo que argumentar que la persona no autonomía , para poder enviar un remplazo no es un argumento válido dado que la ley establece que los contratos estatales son "intuito personae" .*

De igual forma la entidad necesita el apoyo de contratistas para el cumplimiento de su misión institucional como es el impartir formación profesional a los aprendices SENA, y esta debe concertarse tanto con la programación de la institución en cada uno de los cursos de formación como con el instructor (contratista) y el aprendiz Sena, por lo que se concluye que los contrato de prestación de servicios que se celebraron, se realizaron basados en una coordinación de la actividades a desarrollar con las comunidades y para el desarrollo de capacitaciones dentro de los periodos asignados para cada uno de ellas.

Actividades contractuales realizadas con autonomía técnica, administrativa y financiera y sin subordinación; por lo que no se puede hablar de que se dan órdenes simplemente se supervisa y controla el resultado no el cómo se realiza; existiendo autonomía en fijar las condiciones de cumplimiento de los servicios, tal como quedo estipulado en los contratos de prestación de servicios celebrados:

"NO *RELACION LABORAL. "Este contrato se celebra al tenor del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y no genera relación laboral alguna ni prestaciones sociales. Las partes dejan constancias expresas que el presente contrato no conlleva relación laboral alguna del CONTRATISTA para con el SENA y que su ejecución se hará sin subordinación alguna, por lo cual el CONTRATISTA goza de autonomía en la prestación y ejecución del objeto contratado, teniendo en cuenta los lineamientos previstos por la entidad para tal efecto"*

Frente a este tema, existen pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado, en donde señala que, si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual o similar a la de empleado de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar las aspiraciones del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que debe someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados de actividades que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesitas. En estos casos, en vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basado en las cláusulas contractuales.

B. Segundo elemento, la contraprestación o retribución por la labor ejecutada:

Efectivamente en los contratos de prestación de servicio se pactaron uno honorarios como contraprestación del desarrollo contractual, los cuales no se puede desconocer por cuanto los mismos hacen parte de los contratos celebrados.

C. Tercer elemento, la subordinación jurídica permanente:

Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye la concertación de un horario para efectos que la disposición de la aula y que los aprendices acudan cumplidamente a la misma, o el hecho de reportar informes sobre los avances de la gestión, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Debe entenderse que por la naturaleza del contrato de prestación de servicio existe una supervisión o interventoría para constatar la observancia de las obligaciones contraídas por las partes intervinientes y ello no conlleva una necesaria y obligatoria subordinación o dependencia del contratista al supervisor o interventor, máxime si son contratos de tracto sucesivo en los que permanentemente se debe inspeccionar la labor realizada por el contratista y precisamente verificar que la MISION de la entidad respecto a la formación integral del aprendiz se esté cumpliendo, sin olvidar el hecho que las certificaciones de estos expedida el SENA y debe corroborar que efectivamente el aprendiz cumplió con el período de formación y los requisitos para obtener su título de formación.

AL PUNTO ONCE Y DOCE: Es cierto. El demandante realizó reclamación administrativa ante la entidad que represento mediante radicado N°985471774 del 8 de octubre de 2018 y la entidad que represento mediante radicado N°. 2-2018-004354 del 18 de octubre de 2018 negó su reclamación por cuanto no existe material probatorio que desvirtué la naturaleza de los contratos de prestación de servicios.

AL PUNTO TRECE Y CATORCE: No es cierto, ya que en el Contrato por Prestación de Servicios se desvinculan los elementos esenciales del Contrato de Trabajo consagrado en el Articulo 25 del Código Sustantivo del Trabajo donde en ningún caso emerge una relación laboral de derecho público por lo tanto el demandante tiene la carga de la prueba.

Por cuanto claramente los contratos de prestación de servicios se suscribieron por las partes acordando unos honorarios por los servicios prestados; así mismo debe tenerse en cuenta que el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 expresa:

> *"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".*

Las personas naturales o jurídicas vinculadas a la administración mediante un contrato de prestación de servicios realizan las actividades con autonomía técnica, administrativa y financiera y sin subordinación; no se dan órdenes simplemente se supervisa y controla el resultado, no el cómo se realiza; existe autonomía para fijar las condiciones del cumplimiento del servicio; solo tienen derecho al pago de los emolumentos expresa y previamente convenidos en los respectivos contratos.

AL PUNTO QUINCE: No es cierto. Aunque los contratos de prestación de servicios celebrados con el demandante se realizaron para el área de influencia del centro de Mosquera. el SENA tiene como lugar de domicilio principal la ciudad de Bogotá

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

De manera preliminar, y al observar la naturaleza de cada contrato suscrito por entre el demandante y el SENA, resulta evidente que no existe ni ha existido una relación laboral entre las partes. El Estatuto de la Contratación Pública o Ley 80 de 1993, en concordancia con la ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, aplicables en la época de los hechos, contempla en forma expresa los Contratos de Prestación de Servicios que no son otros que los suscritos por entidades estatales, definiéndolos, así:

*"**Artículo 32. De los contratos estatales.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

*"...3. **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. (Negrilla nuestra).

De lo anterior se concluye que este tipo de contratos se caracteriza porque:

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.

La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.

Su forma de remuneración es por honorarios.

No se genera de estos contratos ninguna relación laboral ni prestaciones sociales.

Resulta indiscutible que la vinculación que tuvo Arnaldo de Jesús Vergara Madera con el SENA, fue a través de contratos de prestación de servicios, por el tiempo estrictamente necesario, contratos de servicio que no tuvieron continuidad, cuya tipología, definición y naturaleza se encuentra definidos en el numeral 3º, del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Para concluir, se tiene claro que no se configura, ni se demuestran, ni se puede demostrar para el caso, la existencia de una relación laboral de la cual se pueden reconocer la prestación alegada u otras como cesantías, bonificaciones etc., propios de una relación laboral, para cuyo reconocimiento y pago sería necesario que se encontraran probados para estos casos los elementos que tipifican un contrato de trabajo y lo diferencian de un contrato de prestación de servicios:

La actividad personal del demandante. Lo que en esta relación contractual por prestación de servicios, es elemento esencial según la propia naturaleza legal del contrato estatal, luego el hecho de la prestación personal del mismo por el contratista, para el caso no configura la existencia e identidad con el elemento propio de la relación laboral; simplemente en los contratos es necesario que el contratado preste personalmente el servicio o las actividades relacionadas con el objeto o fin del contrato ya sea laboral o de prestación de servicios estatal.

La continuada subordinación y dependencia. Esta situación no fue dada dentro de la prestación del servicio, por el contratista interesado pudiendo determinarse con exactitud que el peticionario se encontraba sometido a lo estatuido por el artículo 32 de la ley 80 de 1993. En este aspecto es necesario resaltar, que por el hecho de cumplir horarios y ciertas actividades orientadas por la entidad donde el convocante prestó el servicio, no puede asegurarse automáticamente que haya subordinación, en la medida que dentro del desarrollo y ejecución del objeto contratado en cualquier contrato estatal de prestación de servicios, es imperativo que las partes coordinen actividades ya que la entidad estatal contratante no está obligada a recibir lo que a voluntad el contratista presente como cumplimiento de lo pactado.

En efecto, la Ley 80 de 1993, artículos 4 y 5 han impuesto deberes recíprocos a las partes contratantes y por ello los contratistas, en este caso, revisando el objeto de los últimos contratos, los Instructores, quedan supeditados al cumplimiento idóneo de las obligaciones a su cargo; pues el fin de su contrato es satisfacer a la entidad en una determinada necesidad; en nuestro caso, que se pueda cubrir la oferta de servicios de formación profesional y

aprendizaje ofrecidos a los colombianos. Luego, no se puede asegurar que, si el contratista recibió instrucciones, tal hecho constituya subordinación o intromisión en la autonomía que el contratista tiene al desarrollar el objeto contratado, pues simplemente con ello el SENA asegura la calidad y resultados deseados en la contratación acorde con sus derechos como contratante a la luz del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

Sueldo o salario. Como remuneración del servicio en una relación laboral, el que por definición y origen es de naturaleza diferente al concepto de honorarios por prestación de servicios.

En fallo de octubre 3 de 2013 el Tribunal Administrativo del Cesar M.P. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS, EXP. 2012-00101, Actor: Rafael Julio Iturriago Polo, en proceso cuyos hechos y pretensiones son las mismas de la presente solicitud, negó en segunda instancia las pretensiones de la demanda, confirmando la sentencia del a-quo, estimando que no resulta probado el elemento de la subordinación respecto de la entidad demandada.

Finalmente, en lo que tiene que ver con lo que se puede atacar por nulidad, esto es, la comunicación u oficio del SENA, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 14 de noviembre de 1996. Radicación: 12543, con ponencia del Dr. Carlos Orjuela Góngora, precisó sobre el particular:

"Para una mejor ilustración acerca de la naturaleza jurídica del ***acto administrativo*** *resulta oportuno transcribir algunos apartes de una sentencia del Consejo de Estado, del 22 de enero de 1988, citada por el profesor Gustavo Penagos en su obra El Acto Administrativo, Tomo I, páginas 89 y 90. Dijo así esta Corporación:*

"Así las cosas, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención ya que ésta supone a aquélla, en virtud de la cual se ***dispone****, se* ***decide****, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para, como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho, y esa decisión, proferida por autoridad competente —pública o privada en un proceso de privatización de lo público como el que se observa esporádicamente en el país—, está sujeta al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo.*

"Aparecen así los elementos esenciales del acto.

Competencia: Facultad para dictar el acto.

Decisión: Que traduce la voluntad o intención del funcionario competente.

Contenido: Que es el alcance de la decisión: crear, modificar, o extinguir una relación jurídica, en ejercicio de la función administrativa.

Esos elementos suponen un antecedente esencial; el sujeto emisor, el cual implica, a su turno, la voluntad o la intención".

En este enfoque se observa que los oficios no contienen los elementos esenciales que les permitan inscribirse en la categoría de los actos administrativos. *En efecto, los oficios fueron producidos, en su orden, por el Intendente General del Ejército y por el Comandante del Ejército, mas no por el comando de la Fuerza, que sería el competente para dictar el acto de selección.* ***(subrayado fuera de texto).***

El hecho de que la prestación de servicios de algunos contratistas se haga a determinadas horas, ha sido analizado por el Consejo de Estado en varias sentencias, en las cuales concluye que ese aspecto no constituye subordinación y por ende no generan contrato realidad, en virtud del principio de coordinación que debe existir entre el contratante y el contratista. En la Sentencia IJ -0039 del 18 de noviembre de 2003, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

"5. ... ***desde ningún punto de vista puede sostenerse que el contrato de prestación de servicios celebrado por la parte actora con la administración se oponga a derecho, es decir, que se encuentre prohibido por la ley****. En efecto, el art. 32 de la L. 80 de 1.993 prescribe: ...* (transcribe el encabezado del artículo y su numeral 3) *// **En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa**; además, que **dicha relación jurídica se establezca con personas naturales**, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de*

empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados. // Resulta, ***por consiguiente, inadmisible la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa. ... // si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades.*** *Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.* ***En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales".***

La Sección Segunda del Consejo de Estado retomó el texto de la sentencia IJ-0039 de 2003, y agregó lo siguiente en la sentencia proferida el 4 de marzo de 2010 dentro del proceso 0614-06, definiendo una demanda contra el SENA: *"**Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre su resultado, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación".*** Aclaró además la sentencia que *"... para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales*". En relación con el sitio donde se preste el servicio, la misma sentencia señaló: *"2- **No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria**, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario".*

Estos argumentos fueron reiterados por la misma Sección del Consejo de Estado en la Sentencia proferida el 3 de junio de 2010 en el proceso 0361-08.

En la reciente sentencia de fecha 2 de mayo de 2013 **Radicación número: 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12),** el mismo Consejo de Estado, después de realizar un recuento de la jurisprudencia de esa Corporación en relación con los Contratos de Prestación de Servicios y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades que puede conllevar al derecho al pago de prestaciones sociales, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo concluyó que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación que debe existir entre las partes; la Sentencia reiteró además que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, lo cual no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

SOLICITUD:

Con base en las anteriores consideraciones, atentamente solicito al señor Juez:

Absolver de todas y cada una de las peticiones incoadas a la entidad que representó.

EXCEPCIONES

PRESCRIPCION

Solicito se declare la prescripción de la reclamación objeto del presente proceso bajo el siguiente argumento:

PRESCRICION TRIENAL DE LOS DERECHOS DEREVIADOS DE CONTRATO REALIDAD

El Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 del 26 de noviembre de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en su artículo 102 estableció sobre la prescripción:

"Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

El Consejo de Estado, en su momento dio aplicación al término de prescripción trienal establecido en la anterior normativa para los derechos que surgen de la declaratoria del contrato realidad. Sin embargo, dicha posición fue replanteada mediante sentencia de la Sección Segunda del 19 de febrero de 20012, a través de la cual dicha Corporación estableció que en los casos relativos a los derechos que surgen como consecuencia de la declaratoria del contrato realidad, se debe plantear una excepción a dicha regla como quiera que la prescripción empieza a contabilizarse a partir de la sentencia constitutiva que declara la primacía de la realidad sobre las formas, así:

"*Esta* Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:

De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria."

No obstante, lo anterior, en reciente pronunciamiento el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo señaló:

"En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, *en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.*

Lo anterior quiere decir que, si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

En los casos analizados en épocas anteriores por la Sala, como el estudiado en la sentencia cuyo aparte se transcribió previamente, la relación contractual terminó en mayo de 2000 y la reclamación de reconocimiento de las prestaciones sociales se hizo en ese mismo año y dio origen al oficio acusado expedido en el mes de septiembre, es decir, no había vencido el término para que el demandante reclamara sus derechos laborales, consistentes en la declaración misma de la relación laboral. (...)

No ocurre lo mismo en el caso bajo análisis, cuando se trata de relaciones contractuales extinguidas desde el año 2016, teniendo en cuenta que entre contrato y contrato siempre existió un término prudencia para la celebración del nuevo contrato sin que en ningún caso se diera la continuada de una vigencia a la otra ninguna, por lo que se debe precisar que reclamación en sede administrativa se hizo hasta el 06 DE OCTUBRE DE 2015 mediante radicado No. 1-2019-000666

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.

En ese orden de ideas, el término para contar la prescripción trienal, en cuanto a la reclamación del derecho tendiente al reconocimiento de la indemnización a título de reparación del daño, empieza a correr a partir del día siguiente a la terminación del plazo fijado en la orden de prestación de servicios, so pena, de que opere dicho fenómeno, situación que conlleva a que en la actualidad se encuentra prescrito los contratos de prestación de servicios celebrados con anterioridad del 2015.

INEXISTENCIA DE LA CONFIGURACION DEL CONTRATO REALIDAD

No es posible el reconocimiento económico de las prestaciones sociales a favor del actor, en razón a que el vínculo con la Entidad fue netamente contractual, regido por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 en donde se expresa con toda claridad que tales contratos no generan relación laboral alguna ni prestaciones sociales de ninguna índole, y no existe prueba que acredite la existencia de una relación laboral que pueda llevar el reconocimiento de las prestaciones sociales y
perjuicios morales solicitados.

COBRO DE LO NO DEBIDO

Medio que surge como consecuencia del anterior, pues se está exigiendo a mí representada algo que no se debe puesto que nunca existió vínculo laboral alguno entre el SENA y el actor, no se generó obligación para la entidad de realizar pagos por concepto de salarios o prestaciones.

LA GENERICA

Fundamentada en todo hecho que se encuentre plenamente demostrado en el proceso y que constituya una excepción susceptible de ser declarada a favor de la parte demandada.

PRUEBAS

1. Anexa certificación del 16 de octubre de 2019 correspondiente a los contratos celebrados entre los años 2008 al 2015
2. Certificado de ingresos y retenciones 2008 al 2015
3. Copia contrato No. 0959 de 2015
4. Contrato No. 454 del 4 de septiembre de 2008
5. Contrato No. 1688 del 23 de enero de 2014
6. Contrato No. 1203 de 2013
7. Acta de liquidación No. 1203 del 2013

TESTIMONIOS:

Citar como testigo quien fungió como supervisor del contrato Sandro Jesús Pérez Jiménez correo electrónico sjperezj@sena.edu.co teléfono 3112190058 para que testifique sobre el desarrollo del contrato de prestación de servicios del señor Arnaldo Madera

SOLICITUD:

Con base en las anteriores consideraciones, atentamente solicito al señor Juez:

Absolver de todas y cada una de las peticiones incoadas a la entidad que representó.

NOTIFICACIONES:

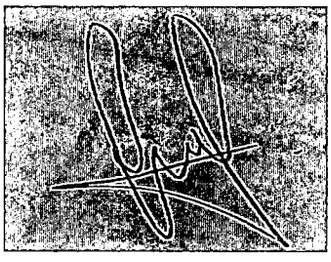
Las recibiré en la secretaría de su despacho, o en la Diagonal 45 D No. 19-72 Barrio Palermo de la ciudad de Bogotá.

Mí representada en la Diagonal 45 D No. 19-72 Barrio Palermo.

Correo electrónico SENA servicioalciudano@sena.edu.co Y Teléfono 5978250, Ext. 17179

Correo del apoderado judicial: ccardonab@sena.edu.co – ccb901@hotmal.com tel. 3004798754

Cordialmente,



CAROLINA CARDONA BUENO
C. de C. No. 38.558.762 DE Cali
T. P. No. 124.147 del Consejo Superior de la Judicatura

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 0623

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

Colpensiones

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA
SUB-SECCIÓN (A)
MAGISTRADO: DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN

E. S. D.

Ref.: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de **ADALBERTO DUQUE RIOS** contra la contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**
Rad. 25000234200020190062300
Asunto: Contestación demanda.

ANGY GRACIELA CASTELLANOS DURAN mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 1.019.077.818 de Bogotá D.C., Abogada en ejercicio, titular de la Tarjeta Profesional No. 251.798 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Apoderada Sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** de conformidad con el poder a mi conferido, cordialmente solicito al Despacho reconocerme personería para actuar y estando dentro del término de la oportunidad procesal, de manera respetuosa me permito dar contestación a la demanda propuesta dentro del proceso de la referencia por el señor **ADALBERTO DUQUE RIOS,** contra mi representada judicial, para que mediante Sentencia que haga tránsito a Cosa Juzgada se ABSUELVA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio y en consecuencia se condene en costas al demandante.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN LEGAL Y DOMICILIO

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como Entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, para que ejerza las funciones señaladas en el Decreto 309 del 24 de febrero de 2017 y en las disposiciones legales vigentes,

Colpensiones

con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

De conformidad con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás prestaciones especiales que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de Entidad financiera de carácter especial.

La representación legal la ejerce el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, identificado con la cédula de ciudadanía número 12435765, o quien haga sus veces.

El domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., en la Carrera 10 No. 72-33 Torre B piso 11, No. Telefónico: 217-0100.

SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en vista de que las mismas no están llamadas a prosperar por carecer de sustento factico y legal, como se demostrará en el momento procesal oportuno. En consecuencia, respetuosamente le solicito al Despacho que se abstenga de fallar de manera condenatoria mérito del asunto, por las razones que a continuación se esgrimen en el capítulo de la oposición, hechos y razones de la defensa y fundamentos de las excepciones que se enuncian en este escrito.

EN CUANTO A LA PRETENSIÓN PRIMERA y SUB PRETENSIONES (1.1 - 1.2 - 1.3 - 1.4 - 1.5 - 1.6): Me opongo a que estas prosperen teniendo en cuenta que Colpensiones reconoció la prestación del señor **ADALBERTO DUQUE RIOS** conforme a derecho teniendo en cuenta todos los Sueldos y Factores Salariales que fueron certificados por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUPLICA mediante certificado 0295 del 02 de marzo del 2015, por el funcionario MANUEL RUBERNOY AYALA MARIN, Director de Gestión del Talento Humano. Así mismo, se dio respuesta a cada uno de los recursos

intepuestos por el accionante en tiempo y se realizaron los ajustes pertinentes a la pension del demandante de acuerdo a la ley.

Lo anterior teniendo en cuenta que los anteriores actos administrativos fueron proferidos conforme a derecho y al ordenamiento legal.

Es importante resaltar que a través de la resolución VPR14327 del 31 de mayo del 2016 se confirma la resolución GNR 308072 de 7 de octubre del 2015 en donde la liquidación de la pensión se encuentra ajustada a derecho, reliquidándose esta conforme al artículo 21 de la ley 100 de 1993 bajo los criterios de la ley 929 de 1976 con los factores salariales del último semestre, al ser más favorable a los intereses del señor **ADALBERTO DUQUE RIOS.**

EN CUANTO A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Me opongo a que prospere esta pretensión toda vez que la Administradora Colombiana de Pensiones reconoció la pensión del demandante conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico colombiano. Es preciso tener en cuenta que respecto a la liquidación de la pensión de vejez la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU 230 de 2015 y la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación el día 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52-001-23-33-0002012-00143-01 con ponencia del Consejero Cesar Palomino han establecido claramente los parámetros sobre los cuales se debe aplicar el Ingreso Base de Liquidación a lo cual aclaran que el mismo no hace parte del régimen de transición, pues el legislador ya contemplo los conceptos que ingresan a este lo cuales comprenden edad, tiempo y monto (entendido este como tasa de remplazo) a los cuales se les dará una explicación más detallada en el desarrollo de la presente contestación.

EN CUANTO A LA PRETENSIÓN TERCERA: Me opongo a que prospere esta pretensión, esto de conformidad con las siguientes consideraciones:

El artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispone:

> *"ART. 14: Reajustes de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de*

los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de Enero de cada año según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno"

Al dar lectura al texto legal se identifica de manera clara la existencia de dos fórmulas para el reajuste anual del valor de las mesadas pensionales, así:

1.- Pensión igual al salario mínimo: Aumento igual al incremento del salario mínimo legal mensual.

2.- Pensión mayor al salario mínimo: Se aplica como reajuste el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE."

Es importante resaltar que las pensiones reconocidas en el marco del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, son reajustadas de oficio a partir del primer día de enero de cada año, de acuerdo con el incremento del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente o variación del Índice de Precios al Consumidor según corresponda a cada pensión, motivo por el cual no hay lugar a efectuar el nuevo reajuste solicitado, hecho del que se concluye que no hay lugar a realizar pago extraordinario a favor de la accionante por ese concepto.

EN CUANTO A LA PRETENSION CUARTA: Me opongo a esta pretensión dirigida en contra de la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, respecto del pago de intereses moratorios por el no pago oportuno de la sentencia judicial que presta mérito ejecutivo, en aplicación del artículo 192 del CPACA, esto de conformidad con las siguientes consideraciones:

"ARTÍCULO 177. EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PÚBLICAS. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien

sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada".

El agente del ministerio público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

Así mismo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla en su **artículo 192** un procedimiento expresamente dirigido al cumplimiento de las sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas, el cual establece expresamente que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses:
"ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada".

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el Juez o Magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.

Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.

En asuntos de carácter laboral, cuando se condene al reintegro, si dentro del término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, este

no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.

El incumplimiento por parte de las autoridades de las disposiciones relacionadas con el reconocimiento y pago de créditos judicialmente reconocidos acarreará las sanciones penales, disciplinarias, fiscales y patrimoniales a que haya lugar.

Ejecutoriada la sentencia, para su cumplimiento, la Secretaría remitirá los oficios correspondientes.

Así las cosas, con relación al pago de los intereses sobre la condena impuesta, se tiene que las sentencias quedan ejecutoriadas 3 días después de notificadas cuando no tienen recursos o estos se han decidido. De conformidad con el Art. 177 del CCA, si la sentencia no señala plazo para el pago de la condena, los intereses moratorios se causan a partir del día siguiente a la ejecutoria pero si no se presenta la reclamación dentro de los 6 meses siguientes, la causación de intereses se suspende hasta tanto se presente la solicitud de pago con las formalidades y se reanuda hasta su presentación.

Según el CPACA la sentencia genera intereses a partir del día siguiente a la fecha en que quedó ejecutoriada la decisión, pero en caso de no presentarse reclamación por parte del titular del derecho en un término de tres meses, cesa la causación de intereses hasta cuando se presente la reclamación correspondiente.

Los beneficiarios de las sentencias condenatorias tienen dos vías para hacerlas efectivas o ejecutarlas, una en sede administrativa, y la otra en sede jurisdiccional, que es el proceso ejecutivo regulado en el CGP, sea ante la jurisdicción ordinaria o ante la contencioso-administrativa, según el caso.

En cualquiera de esas vías el acreedor debe demostrar la existencia del crédito de manera idónea, la cual no puede ser otra que la primera copia de la sentencia según las normas del Código Contencioso Administrativo y del Código de Procedimiento Civil que el mismo actor invoca en la demanda (artículo 115, ordinal 2).

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que en el presente caso no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios por el no pago oportuno de la sentencia judicial que presta mérito ejecutivo, de conformidad con el artículo 192 del CPACA, toda vez que al no haber lugar a la prosperidad de las suplicas invocadas en la demanda, no se emitirá por ende, providencia desfavorable en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones.

Colpensiones

EN CUANTO A LA PRETENSION QUINTA: Referente a las costas, me opongo a que prospere la pretensión, toda vez que el Consejo de Estado,[1] en la Subsección A de la Sección Segunda, adoptó una postura frente a la condena en costas ordenando que ellas se deben generar luego de efectuar un análisis objetivo valorativo, en ese sentido dispuso:

"el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, ***que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP9 , y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado*** *los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.° de la ley 1123 de 2007.*

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera "automática" u "objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no[12]. Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

Se deben valorar aspectos objetivos *respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:*

---

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Expediente 13001-23-33-000-2013-00022-01, actor: José Francisco Guerrero. Demandada UGPP. Providencia de 7 de abril de 2016.

Colpensiones

[...]

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) ***El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.***

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) ***Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.***

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887

e) de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

f) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

g) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

h) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."

De lo anterior se avizora, que no basta con que una de las partes solicite la condena en costas, sino que debe sustentar su generación, pues la nueva postura de la Sección Segunda, cuya jurisprudencia es vinculante, a más de ser objetiva, es valorativa y exige la causación y respectiva prueba de las costas exigidas para que el operador de justicia pueda proceder a imponer la respectiva condena.

En síntesis, no basta con solicitar la condena en costas y con el solo hecho de la generación de las agencias en derecho el juez proceda a tal condena, pues nada obsta para que quien representó a la parte demandante lo haya ejercido de forma gratuita, de caridad o pro bono.

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda, los contesto de la siguiente manera:

Al 3.1: ES CIERTO, Tal y como consta en los documentos que se anexaron con la presentación de la demanda.

Al 3.2: ES CIERTO, Conforme al certificado No.1 de sueldos y factores salariales el cual reposa en el plenario.

Al 3.3: ES CIERTO, Tal y como consta en el anexo "certificado de sueldos" con folio No.37 del traslado se le pagaron por el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 30 de noviembre de 2014: El sueldo; Prima Técnica; Prima de Vacaciones; Prima de Servicios; Prima de Navidad; Apareciendo el pago de la Bonificación por Servicios en un valor de $0.

Al 3.4: ES CIERTO, Tal y como consta en los documentos con folios 64 y 73 del traslado.

Al 3.5: ES CIERTO, conforme consta en la resolución 81117-002473-2015, expedida por el entonces Contralor General de La Republica el Dr. Edgardo Maya Villazón.

Al 3.6: NO ES UN HECHO: Es una consideración de orden legal que busca apoyar las pretensiones incoadas en el libelo de mandatorio, lo cual debe ser probado en el transcurso del proceso.

AL 3.6.1:PARCIALMENTE CIERTO, La resolución GNR 067580 del 19 de abril de 2013, efectivamente reconoce y ordena pagar la pensión de vejez del demandante

tomando como base de liquidación los ingresos base de cotización reportados por el empleador. Por lo tanto NO ES CIERTO que no se le determino la pensión pedida al demandante pues para el caso se hizo la aclaración en la misma resolución por medio de la cual se reconoció el derecho de la pensión que recaía en el demandante por edad y tiempo de servicio; pero aclaró que en el expediente no se encontraban los certificados de los aportes salariales del asegurado con su empleador, tanto del último año de servicio como dentro del último semestre, lo cual se advirtió que una vez estos fueran allegados se procedería a realizar la reliquidación de la prestación, si esta fuere procedente.

AL 3.6.2:ES CIERTO, Que por medio de la Resolución No. GNR 26534 del 27 de enero de 2014 se reliquido la pension condicionandose su ingreso a nomina hasta tanto se acreditara el retiro.

Al 3.6.3. ES CIERTO, Que por medio de la Resolución No. VPB 50436 del 25 de junio de 2015, se resolvio recurso de apelacion y se modifico la Resolución No. GNR 26534 reliquidando la pensión del demandante.

Al 3.6.4. ES CIERTO, Que por medio de la Resolución No. GNR 308072 de 07 de octubre de 2015, se niega la re liquidación pensional de vejez toda vez que al realizar el estudio se evidencia que no se generaron valores a favor del asegurado. En cuanto a la impugnación mensionada en el presente hecho se realizo la contestación a la misma mediante resolución GNR 418862 del 29 de diciembre de 2015.

Al 3.6.5. PARCIALMENTE CIERTO, Es cierto que la resolución GNR 418862 de 29 de diciembre de 2015 confirma la resolución del 7 de octubre del 2015. Respecto a la notificación la cual hace mención el demandante me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

Al 3.6.6. ES CIERTO, Tal y como consta en los documentos dentro del plenario que mediante la Resolución VPR14327 de 31 de marzo de 2016, se confirma en todas y cada de sus partes la Resolución 308072 de 7 de octubre de 2015 al considerar que no es procedente la liquidación de la prestación.

Colpensiones

Al 3.6.7, NO ES UN HECHO: Es una interpretación normativa orientada desde la óptica legal por parte del apoderado con miras a reforzar las pretensiones incoadas de la presente demanda.

Al 3.6.8, NO ES UN HECHO: Es una interpretación normativa orientada desde la óptica legal por parte del apoderado con miras a reforzar las pretensiones incoadas de la presente demanda. Adicionalmente se debe precisar la Sección Segunda del Consejo de en sentencia de unificación el día 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52-001-23-33-0002012-00143-01 con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortes, Preciso sobre el tema de la liquidación de la pensión la cual se desarrollara con mas precisión en el aparte de FUNDAMENTO Y RAZONES DE DEFENSA.

Al 3.6.9. NO ES UN HECHO: Es una interpretación normativa orientada desde la óptica legal por parte del apoderado con miras a reforzar las pretensiones incoadas de la presente demanda.

Al 3.6.10, NO ES UN HECHO: Es una interpretación normativa orientada desde la óptica legal por parte del apoderado con miras a reforzar las pretensiones incoadas de la presente demanda.

Al 3.7: NO ME CONSTA: Pues los documentos mencionados en este hecho no se encuentran adjuntos dentro del traslado notificado, por lo tanto me atengo a lo que se encuentre probado en el proceso.

Al 3.8: ES CIERTO, Que el señor ADALBERTO DUQUE RIOS solicito el reconocimiento de su pensión una vez cumplió los requisitos para ello conforme a los documentos que reposan en el plenario.

Al 3.9: NO ES UN HECHO, es una apreciación subjetiva que realiza el apoderado de la parte actora la cual debe ser probada en el transcurso del proceso.

Colpensiones

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

Mi representada, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** al estudiar del caso que nos ocupa, encontró que la pensión del señor **ADALBERTO DUQUE RIOS,** se ajustó plenamente de las normas y disposiciones legales previstas, pues expidió los actos administrativos de reconocimiento, pago y reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad con las normas vigentes para la fecha por lo tanto no es posible acceder a las pretensiones por no ser procedentes y no tener sustento.

Por medio de resolución GNR 067580 del 19 de abril de 2013, se reconoció una pensión de mensual vitalicia de vejez a favor del demandante señor ADALBERTO DUQUE RIOS la cual se realiza de la siguiente manera:

IBL: 6,647,833 x 75.00=$4, 985,875

Posteriormente mediante resolución GNR 26534 del 27 de Enero de 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se revocó la resolución GNR 067580 del 19 de abril de 2013 y se reliquidó la pensión de vejez conforme al decreto 929 de 1976 con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último semestre. Quedando la prestación reconocida de la siguiente manera:

IBL: 7,054,928 x 75.00%=$5.291.195.

En la misma línea, y en respuesta al recurso de reposición y en subsidio apelación, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIOES- realizo nuevamente el estudio del expediente del demandante y mediante Resolución No. VPB 50436 del 26 de junio de 2015, se decidió realizar nuevamente la liquidación de la pensión quedando de la siguiente manera:

IBL: 8.918.590 x 75.00%= $6.688.943

En la anterior se actualizaron los valores IBL del 2014:

- Asignación básica mensual
- Prima de navidad
- Prima de servicios
- Prima de Vacaciones

- Prima técnica

Ahora bien, el demandante pretende el reajuste de la base de liquidación salarial o sueldo básico de acuerdo a todo lo devengado en el último semestre al retiro, ya que el accionante prestó sus servicios como funcionario de la Contraloría General de la Republica y por efecto la reliquidación de todas las primas y prestaciones sujetas, de conformidad con el régimen especial contenido en el decreto 929 de 1976, articulo 7.

No obstante lo anterior, las suplicas incoadas no están llamadas a prosperar en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, de conformidad con las siguientes consideraciones:

De conformidad con lo que establece el artículo 7 del decreto 929 de 1976,los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho al llegar a sus 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir con 20 años de servicio público continuo o discontinuo, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la Republica, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 74 % del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

La norma precitada en el párrafo anterior se aplica por remisión del artículo 36 de la ley 100 de 1993 que textualmente establece: "*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993*".

Igualmente de conformidad con lo establecido en el párrafo 4 transitorio del Acto legislativo 01 del 22 de julio de 2005, el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 finaliza el 31 de julio de 2010 y podrá extenderse hasta el año 2014 en los siguientes termino:

"El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollan dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo (25 de julio del 2005), a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

La Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 36, el régimen de transición, aplicable a quienes al momento de entrar en vigencia la norma, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicio, caso en el cual, la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo, será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

A) Ingreso Base de Liquidación

El Ingreso Base de Liquidación de los afiliados al Instituto de Seguros Sociales beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se rige por las normas del Acuerdo 049 de 1990. El Ingreso Base de Liquidación se regulará, como regla general, por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993.

Para el caso de quienes les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el Ingreso Base de Liquidación, las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Empero, para quienes les faltare más de 10 años, el Ingreso Base de Liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Para cuantificar el Ingreso Base de Liquidación de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se tomará el promedio de lo devengado y sobre lo cual hubiera cotizado el afiliado, durante los 10 años que anteceden al reconocimiento de la pensión, se efectúa un conteo retrocediendo en la historia laboral o salarial, hasta completar un lapso igual a 10 años de tiempo cotizado. Dichos salarios base se actualizan a la fecha de la pensión, y se promedian[2].

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Radicación: 40552. 1 de marzo de 2011.

182

El monto de la pensión, es decir el porcentaje al que se le tiene que aplicar el Ingreso Base de Liquidación, es el previsto en la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. El Ingreso Base de Liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, cuando les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en ese lapso, es decir, el comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 100 y el momento en que cumplan los requisitos para la pensión[3].

El monto de una mesada pensional es el porcentaje, es decir 75% según la Ley 33 de 1985 al que se le aplica el Ingreso Base de Liquidación para obtener el valor de la mesada pensional. ***Por lo tanto el régimen de transición contempla únicamente el monto y en consecuencia, el IBL se rige por la Ley 100.***

Con base a lo anterior, el Ingreso Base de Liquidación de los afiliados al Instituto de los Seguros Sociales beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se rige por las normas anteriores, sino por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993; y el monto de la pensión, es decir el porcentaje al que se le tiene que aplicar el ingreso base de liquidación, es el previsto en la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

B) Jurisprudencia vinculante sobre aplicación del régimen de transición

Los precedentes sentados por las altas cortes, frente al tema que hoy nos acoge, son vinculantes para todos los jueces administrativos, es por tal razón que se deberán esbozar para que el señor juez los aplique al asunto de marras.

i) Corte Constitucional

Se deben tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional, máximo ente encargado de velar por la constitucionalidad de las normas e interpretación de las mismas; no aplica sin alguna razón jurídica la Sentencia

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicación 39830. 23 de marzo de 2011.

SU 230 de 2015, proferida por la Honorable Corte Constitucional, comunicada el 29 de abril del 2016, lo anterior como quiera que en dicha sentencia se precisó que:

> *"...la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.".*

El anterior pronunciamiento unificado tuvo gran asidero en la Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013 donde la misma corporación en aplicación de los principios y criterios constitucionales de *solidaridad, orden justo y de sostenibilidad financiera y fiscal* del Sistema General de Participaciones (SGP) estableció que la interpretación constitucional y legal válida respecto de la aplicación del régimen de transición, es que si bien se mantienen algunos conceptos del régimen anterior (edad, tiempo y monto), en todo caso **el concepto de IBL debe entenderse conforme a las reglas señaladas por la Ley 100 de 1993** y ajustado únicamente a los factores determinados por el legislador con incidencia pensional, y sobre los cuales se hayan realizado las cotizaciones en la vida laboral.

Previamente, la misma corporación[4] había confirmado la aplicación de las reglas de interpretación del régimen de transición previstas en la **Sentencia C-258 de 2013** para los demás regímenes pensionales en el siguiente sentido:

[4] Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 7 de febrero de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo.

181

> [...] esta Corporación al estudiar [Se refiere a la sentencia C-258/13] la constitucionalidad de la norma demandada en esa oportunidad (art. 17 Ley 4 de 1992), fijó unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, especialmente en lo relacionado en su inciso 3°, que establece el modo de calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo; interpretación constitucional que no resulta ajena al presente caso, más aun, cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial del que era beneficiario el accionante, y del régimen de transición mencionado.

De forma reciente, en sede de unificación, la guardiana de la Constitución decidió fortificar su corriente jurisprudencial en el sentido de reafirmar que el IBL no formó ni forma parte del régimen de transición; en Sentencia **SU-395 de 2017** señaló:

> Esto quiere decir que la garantía del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permite que *i)* la *edad* para consolidar el derecho a la pensión de vejez, *ii)* el *tiempo de servicio* -o número de semanas cotizadas-, y *iii)* el *monto* de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994[5]), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:
>
> *(i) Las mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.*
> *(ii) Los hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.*
> *(iii) Los hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.*

[5] Como se precisó en la Sentencia SU-130 de 2013, la excepción a dicha regla se aplica en el nivel territorial del sector público, respecto del cual la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones es la que haya determinado el respectivo ente territorial, según lo dispuesto por el artículo 151 de la propia Ley 100 de 1993.

8.6. En síntesis, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición:

(i) La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional.
(ii) El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto.
(iii) El monto de la misma.
[...]
8.17. Vistas así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

Como síntesis de lo anterior obtenemos que, como se ha establecido en la línea jurisprudencial desde la Sentencia C-258 de 2013, pasando por la SU-230 de 2015, la SU- 427 de 2016, SU-210 de 2017 para finalmente concluir con la SU-395 de 2017, para la liquidación de las pensiones beneficiadas por la transición, **se debe tomar el IBL preceptuado por la Ley 100 de 1993.**

Continuando con la Sentencia de Unificación SU-395 de 2017, en una de sus consideraciones, citó el Auto 326 de 2014, y destruyó de un solo tajo las eradas abstracciones a las que algunos jueces habían llegado, al concluir que la Sentencia C-258 de 2013, se centró en una población en particular, y por tanto, a quienes no tuvieran igual calidad laboral, no les sería aplicable, y de ese modo se apartaban de tan importante precedente judicial; vamos a la sentencia:

Precisamente, en el Auto 326 de 2014, la Sala Plena reafirmó el alcance de la Sentencia C-258 de 2013, al señalar que la regla de interpretación frente al ingreso base de liquidación -IBL- no solo constituye un precedente para la población objeto de dicho pronunciamiento, sino que resulta un *"precedente interpretativo de*

182

acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna". Por esta razón, en el referido auto, la Corte negó la solicitud de nulidad de la Sentencia T-078 de 2014, que confirmó las decisiones de los jueces laborales, dirigidas a negar la reliquidación de la pensión de vejez con base en la legislación que rige a los trabajadores de la extinta Telecom, pues el IBL no era un aspecto sometido a la transición. En el mencionado Auto 326, entonces, la Sala Plena afirmó que la *ratio decidendi* de la Sentencia C-258 de 2013 constituye un parámetro vinculante para las autoridades judiciales, señalado lo siguiente: "*es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutiva de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio*".

ii) Consejo de Estado

Por su parte, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ha pronunciado al respecto, y en un fallo de tutela emitido por la Sección Quinta,[6] quedó por sentado que:

Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, **a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio**. (Negrilla fuera de texto).

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, CP. Alberto Yepes Barreiro. 25 de Febrero de 2016. Radicación 11001-03-15-000-2016-00103-00. Acción de Tutela.

Colpensiones

Del mismo modo, la Sección Quinta del Consejo de Estado días antes se había pronunciado frente al tema de IBL y factores salariales ratificando la posición de la Corte Constitucional, en este fallo de tutela en segunda instancia[7] se estableció que:

> En ese orden, concluye la Sala que debe revocarse la decisión proferida por la Sección Cuarta y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, atendiendo a que la decisión proferida por la autoridad judicial acusada no comporta una vulneración de los derechos fundamentales alegados por la actora, **toda vez que ante la existencia de un criterio divergente entre la Corte Constitucional y la Sección Segunda del Consejo de Estado, debía prevalecer el del Tribunal Constitucional por estar contenido en la Sentencia de Unificación 230 de 2015 cuya *ratio decidendi*, indica que IBL aplicable a los regímenes de transición es el del artículo 36 de la Ley 100 de 1993** (negrilla fuera de texto).

En razón a lo anterior, **se deben aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2.° y 3.° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993** (edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior) **pero el IBL** (los 10 años o los que le hiciere falta) **y factores taxativos** (Decreto 1158 de 1994), **los establecidos en la Ley 100 de 1993.**

Si bien hay diferentes interpretaciones sobre el tema *sub examine* entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se encuentra respuesta frente a cual adoptar en la fuerza y el carácter vinculante de la Constitución y las decisiones del tribunal constitucional, por las siguientes razones:

1. El Juez contencioso-administrativo debe acoger lo contemplado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en el título VII sobre Extensión y Unificación de la Jurisprudencia, el cual manifiesta que en caso de conflictos de interpretación entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el juez o magistrado debe aplicar de forma preferente la interpretación dada por la Corte Constitucional.

   > **ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA.** <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales,

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. CP. Alberto Yepes Barreiro. 05 de mayo de 2016. Radicación 11001-03-15-000-2016-00132-01. Acción de tutela – fallo de segunda instancia.

legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

El pretranscrito artículo fue exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

2. Las providencias que profiere la Corte Constitucional, en los términos de la **sentencia C-085 de 1995,**[8] son un criterio vinculante de la labor judicial.

En atención a lo anterior, cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales **o la aplicación de un determinado modo a un caso concreto**, no está generando jurisprudencia, sino que está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, **tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la república** sin distingo alguno.

3. En Sentencia C-539 de 2011,[9] la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional bajo el control abstracto de constitucionalidad o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental, y en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, determinó que **sus decisiones pasan a formar parte de las fuentes del derecho y, por ende, vinculan a todos los jueces.**

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que se debe aplicar de manera preferente la sentencia de unificación de la Corte Constitucional sobre la sentencia de unificación del Consejo de Estado, comoquiera que los artículos 10 y 102 del CPACA fueron declarados exequibles condicionalmente, en el entendido que se

[8] Corte Constitucional. Sentencia C-085 de 1993. Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz.
[9] Corte Constitucional, MP Luis Ernesto Vargas Silva. 06 de julio de 2011. Referencia expediente D-8351.

deben aplicar de manera preferente las sentencias de unificación de la Corte Constitucional.

Así las cosas, me permito precisar los factores salariales aplicados por la entidad a la que represento al momento de efectuar el cálculo, artículo 1o del Decreto 1158 de 1994:

El artículo 6.to del Decreto 691 de 1994, quedará así: «Base de Cotización». El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual:
b) los gastos de representación;
c) a prima técnica, cuando sea factor de salario;
d) las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
e) la remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
g) la bonificación por servicios prestados.

4. Finalmente, la más reciente providencia, la SU 023 de 2018, decantó las reglas jurisprudenciales aplicables al régimen de transición y, sobre todo, al IBL, de la siguiente manera:

97. Como conclusión del análisis que antecede, las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:

[...]

184

101. (iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.

102. (v) El monto corresponde a la tasa de reemplazo o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.

103. (vi) El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3° del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.

[...]

Las dos corrientes jurisprudenciales unificadas y pacíficas son de obligatorio acatamiento por las siguientes razones:

1. Los jueces de la jurisdicción deben acatar, de manera íntegra, los precedentes que emanen de su juez natural, y más aún si se trata del órgano de cierre, por lo que las razones para disidir de las líneas jurisprudenciales unificadas precisan de un apartamiento debidamente argumentado cuyas reglas se hallan en la jurisprudencia.

2. El juez contencioso-administrativo debe acoger lo contemplado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en el título VII sobre extensión y unificación de la jurisprudencia, el cual manifiesta que en caso de conflictos de interpretación entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el juez o magistrado debe aplicar de forma preferente la interpretación dada por la Corte Constitucional; máxime, en esta oportunidad nos encontramos frente a un precedente pacífico y aceptado por las tres altas cortes nacionales, gozando de mayor vinculación el del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Al respecto, el mencionado artículo expresa:

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia,

deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

El pretranscrito artículo fue exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

En atención a lo anterior, cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplicación de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, sino que está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la república sin distingo alguno.

3. En Sentencia C-539 de 2011, la Corte Constitucional fijó el alcance de una norma constitucional bajo el control abstracto de constitucionalidad y determinó que sus decisiones pasan a formar parte de las fuentes del derecho y, por ende, vinculan a todos los jueces.

4. Las providencias que profiere la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia C-085 de 1995, son un criterio vinculante de la labor judicial.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Las anteriores posiciones jurisprudenciales, dieron lugar a que dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, se profirieran decisiones disimiles, pues en unas se acogía el criterio señalado por la Sección Segunda del Consejo de Estado y en otras los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias arriba referidas. Por este motivo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conforme con las competencias consagradas en el artículo 111 numeral 3 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procedió a dictar **sentencia de unificación el día 28 de agosto de 2018,** dentro del proceso radicado 52-001-23-33-0002012-00143-01 con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortes, en la

185

que tuvo como tema a unificar: "Si el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica al régimen de transición".

Conforme con lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó las siguientes reglas y subreglas jurisprudenciales, que deben tenerse en cuenta para resolver los asuntos en los que se discuta la liquidación de las pensiones de jubilación amparadas bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

REGLA JURISPRUDENCIAL

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

- **SUBREGLAS:**

"(...) La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)"

- **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. (...)"

Colpensiones

CASO CONCRETO

En el presente caso en accionante señor Adalberto Duque Ríos, pretende la reliquidación pensional, teniendo en cuenta la asignación mensual percibida durante los ultimo 6 meses, incluyendo todos los factores salariales, con una tasa de remplazo del 75%, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 929 de 1976.

Al respecto es preciso tener en cuenta que mediante resolución No. GNR 067580 del 19 de abril de 2013, se reconoció al demandante, una pensión mensual vitalicia de vejez, de conformidad a la Ley 33 de 1985 con un total de 1,419 semanas cotizadas. Se aplicó una tasa de remplaza del 75% y una mesada pensional liquidada con los IBC del último de servicio, que corresponde al año 2013 en cuantía de $ 4,985,875.00 pesos.

Posteriormente a través de la resolución No. GNR 26534 del 27 de enero de 2014 se resolvió, un recurso de reposición en contra de la resolución No. GNR 67580 del 19 de abril de 2013 modificando el acto administrativo y en su lugar liquidando la pensión de conformidad al decreto 929 de 1976 con un total de 1,443, n ingreso Base de Liquidación (IBL) de se aplicó una tasa de remplazo del 75% y una mesada pensional liquidada con los últimos seis meses de servicio, arrojando una mesada pensional para el año 2014 en cuantía de $ 5,291.196 pesos.

A continuación, por medio del acto administrativo No. VPB 50436 del 25 de junio de 2015 se reliquidó la prestación de conformidad al decreto 929 de 1976 con un total de 1.505 semanas cotizadas, un Ingreso Base de Liquidación de $ 8,918.590.00 al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 75% y una mesada pensional liquidada con los factores salariales discriminados mes a mes de los últimos seis meses, a partir del 01 de diciembre de 2014. arrojando una mesada pensional de $6,688.943.00 y un retroactivo pensiona neto a pagar de 8.879.971.

No obstante lo anterior, actualmente no es posible la reliquidación pensional teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último semestre de servicios, independientemente el régimen especial al que se pertenezca, para el presente caso el Decreto 929 de 1976, toda vez que esa posición discrepa con el lineamiento jurisprudencial plasmado en las **sentencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210/2017, SU 395 de 2017, SU 023 de 2018 de la Corte Constitucional y la Sentencia del 28 de agosto de 2018 del Honorable Consejo de Estado**, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

Como solución al problema jurídico, se concluye que no es posible la reliquidación pensional, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales, conforme a los

últimos años de servicios bajo la normativa del Decreto 929 de 1976, ya que al estudiar el caso dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda, y contrastados estos con las normas y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente anteriormente expuesta, es notable una ausencia de sustento jurídico que permita darle luz verde a las pretensiones.

EXCEPCIONES

Con el debido respeto formulo las siguientes excepciones a la demanda formulada:

PRIMERA: COBRO DE LO NO DEBIDO

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, como administrador del Régimen de Prima Media al reconocer y pagar una pensión, lo realiza con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas de cotizaciones y monto pensional., por lo cual, cuando la demandante sin asidero jurídico o fáctico reclama una prestación distinta incurre en un cobro de lo no debido.

SEGUNDA: INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO

Consiste en que no ha nacido obligación contra COLPENSIONES, toda vez que la entidad reconoció el derecho de conformidad con lo establecido en la ley. Difiere de las pretensiones de la demanda en lo que corresponde a la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, toda vez que la entidad liquidó la mesada pensional de la demandante conforme con lo señalado en el artículo 01 del Acto Legislativo 01 de 2005 en cual consagra:

> ..."*Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión*"...

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, órgano que ha sostenido que el monto de la pensión que se remite al régimen anterior, es el porcentaje respectivo del ingreso base y determinar el monto de la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales que devenguen los empleados públicos le quita el efecto útil al listado dispuesto por el legislador, pues si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales

son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo los descuentos por aportes, ningún concepto diferente puede válidamente incluirse en la liquidación de la pensión, porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del sistema pensional para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión de quien se va a pensionar.

Posición que ha sido reiterada mediante sentencia de unificación SU 230 de 2015 de la Honorable Corte Constitucional.

> *"...la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.".*

En ese sentido la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquellos casos en que exista la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

Con base a lo anterior, debe tenerse en cuenta que al demandante no le asiste derecho a la reliquidación pensional, con la totalidad de los factores salariales devengados en el último semestre de servicios y reclamados conforme a decreto 929 de 1976, como quiera que en tal caso se deben aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores taxativos del Decreto 1158 de 1994 los establecidos en la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 691 de 1994 modificado por el Decreto 1158 del mismo año. No siendo procedente reliquidar la prestación pensional ya reconocida a la accionante.

Lo anterior encuentra respaldo en el lineamiento jurisprudencial plasmado en las sentencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016, SU-210/2017, SU 395 de 2017, SU 023 de 2018 de la Corte Constitucional y la Sentencia del 28 de agosto de 2018 del Honorable Consejo de Estado, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

Colpensiones

TERCERO: PRESCRIPCIÓN

La presente excepción de prescripción se propone, sin que con ello se reconozca derecho alguno al demandante. Se propone prescripción sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor del demandante, de conformidad con las normas legales, sobre las reclamaciones aducidas por la parte actora.

En relación a esta excepción, solicito si hubiere lugar, declarar prescritas las mesadas pensionales tres años atrás contados a partir de la presentación de la demanda.

Además, sin que de manera alguna pueda considerarse aceptación de lo demandado, sobre todos los derechos que puedan ser reconocidos en caso de un fallo adverso y sobre los cuales haya operado el fenómeno prescriptivo.

CUARTO: BUENA FE

COLPENSIONES en todas sus actuaciones tiene que someterse al imperio de la constitución Nacional y de la Ley, conforme lo prescriben entre otros los Artículos 121, 122 y 128 de la Carta Política, siendo esto lo que ha acatado hasta el momento.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

> *"Como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935, citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella". Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: "De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo".*

"El principio de la buena fe es también principio del derecho laboral, ha sido incluido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: "El principio de la buena fe, que no es nuevo sino que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el de trabajo". Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949 y que llega hasta analizar no solo la buena fe sino la mala fe, en los siguientes términos:"

"La mala fe –ha dicho la Corte Suprema de Justicia- debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fide, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz, que mostrara un aprovechamiento inhonesto del estado de inferioridad en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso"

Según lo anterior, la buena fe en la labor misional de COLPENSIONES surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho, por lo cual, existiendo la presunción de legalidad del acto que garantiza seguridad jurídica en la decisión prestacional, tal circunstancia permite revestir además bajo la égida de la buena fe el reconocimiento o negación pensional por lo que es de carga exclusiva del demandante controvertir tanto la presunción legal del acto como la buena fe en la decisión.

QUINTA: GENÉRICA O INNOMINADA

De manera respetuosa se presenta esta excepción con el fin de que se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de la entidad demandada, en ese sentido se declaren las demás excepciones que resulten dentro del procesos.

Colpensiones

MEDIOS DE PRUEBAS

Solicito de manera respetuosa se tengan como pruebas las siguientes:

- Expediente Administrativo del pensionado.
- Historia laboral.
- Las solicitadas por la actora son conducentes para el proceso, pero no otorgan nuevos juicios de valor que sean suficientes como para que el señor(a) juez efectúe declaración o condena alguna en contra de mi defendida.

ANEXOS

- Poder General debidamente otorgado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la firma Conciliatus S.A.S., representada legalmente por el Dr. JOSE OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.
- Poder de sustitución debidamente otorgado por el Abogado JOSE OCTAVIO ZULUAGA RODRIGUEZ.
- Historia laboral.
- Expediente administrativo.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones se pueden surtir en:

- El suscrito en la Carrera 11 No. 73- 44 Edificio Monserrat, oficina 708.
- Correo electrónico: ancastellanos.conciliatus@gmail.com
- Celular 323 277 2069

Atentamente,

ANGY GRACIELA CASTELLANOS DURAN

C.C. 1.019.077.818 de Bogotá D.C.

T.P. 251.798 del C.S. de la J.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 0716

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

263

Doctor
LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
Magistrado Ponente
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subseccion B
E. S. D.

REF: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RAD : 25000234200020190071600
DEMANDANTE: **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA**
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL

ASUNTO: **CONTESTACIÓN DE DEMANDA CON EXCEPCIONES DE FONDO**

GERMAN LEONIDAS OJEDA MORENO, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderado de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL, en el proceso de la referencia, conforme con poder anexo, por medio del presente escrito y encontrándome dentro de los términos legales, me permito presentar a su señoría contestación a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA

Solicita el actor que se declare la nulidad del Decreto No. 2131 del 15 de Noviembre de 2018, mediante el cual el demandante fue retirado del servicio activo de la Ejercito Nacional por llamamiento a calificar servicios.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada el reintegro del señor MG **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA** al grado que ostentaba al momento de su retiro o de igual jerarquía.-

Que se ordene el pago de todos los salarios prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que fue retirado del servicio activo por Llamamiento a calificar servicios (19 de noviembre de 2018) y hasta la fecha en que se cumpla en fallo condenatorio, con la correspondiente indexación.-

2. A LOS HECHOS

DEL HECHO 1 al 12: Al parecer son ciertos, sin embargo debe reposar dentro del expediente copia autentica de cada uno de los ascensos de su carrera militar y constancias de recibo de las condecoraciones y felicitaciones recibidas.

Escaneado con CamScanner

AL HECHO 13 : Debe probarse con la copia autentica de la comunicación que hizo el BG CARLOS IVAN MORENO OJEDA, como Comandante Comando Personal del Ejercito Nacional.

AL HECHO 14: No me consta debe probarse con los respectivos elementos probatorios, por ahora es solo el dicho del MG **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA**. El cual no tiene fundamento alguno.-

AL HECHO 15: Al parecer es cierto que presentó su Renuncia el dia 29 de octubre de 2018, pero este documento debe reposar dentro del acervo probatorio debidamente auténtico.- **SU RENUNCIA FUE VOLUNTARIA.**

AL HECHO 16 : No me consta. Debe reposar dentro del expediente el desistimiento de la renuncia hecha ante el Presidente de la Republica.- **DESPUES DESISTIÓ y lo LLAMARON A CALIFICAR SERVICIO.**

AL HECHO 17: Es simplemente la trascripción del radiograma que lo llama a calificar servicio el dia 19 de noviembre de 2018.-

AL HECHO 18: Habla del Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018 mediante el cual se llama a calificar servicios al MG **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA.**

AL HECHO 19 : habla de la comunicación de fecha 19 de noviembre de 2018 al señor MG **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA,** en la que se le hace conocer el acto administrativo que lo llama a calificar servicios.-

AL HECHO 20 Y 21: No me consta, pero tanto el Derecho de Petición como su respuesta debe reposar dentro del acervo probatorio.-

3. OPOSICION A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

ME OPONGO a todas y cada una de las pretensiones solicitadas por la parte actora, por lo cual solicito respetuosamente a su Señoría que las mismas sean negadas, por las razones que a continuación se exponen.

- El demandante, MG **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA**, fue llamado a calificar servicios, toda vez, atendiendo a los cupos en la disponibilidad de planta de oficiales en los diferentes grados, para atender las necesidades del servicio, se hace necesario que la institución tenga que ajustar su cantidad de personal a la disponibilidad de estos cupos de planta, obligando a mantener solo el personal necesario y que cumpla satisfactoriamente con los perfiles requeridos para el desempeño de los cargos establecidos en el Escalafón, y que las necesidades de planta actuales indican que no se dispone de los cupos necesarios para mantener en servicio activo en la caballería, lo que necesariamente lleva al Ministro de Defensa Nacional, a efectuar el retiro del servicio activo al señor oficial, así mismo, el actor cumplía con los parámetros establecidos y con los requisitos para adquirir asignación de retiro al llevar

Escaneado con CamScanner

264

más de 18 años en la Institución.

- Previo a la emisión del acto administrativo demandado, esto es el Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018, el Ministerio de Defensa Nacional agotó todos los procedimientos legalmente establecidos para el efecto, los cuales, para el caso de oficiales y suboficiales, son los siguientes:

  1. Tiempo de servicio para el llamamiento a calificar servicios. (15 0 18 años, según corresponda)
  2. Tener derecho a asignación de retiro.

- En sede administrativa, se dio respuesta a todas y cada una de las peticiones de información efectuadas por el demandante.

4. EXCEPCIONES

- **CARENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO**

La demanda carece de fundamento jurídico si se tiene en cuenta que, si bien es cierto el señor MG ® **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA**, fue retirado del servicio mediante el Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018; acto administrativo definitivo que fue proferido conforme las normas legales y constitucionales, que a la fecha está amparado por la presunción de legalidad y constitucionalidad; en cumplimiento de la facultad prescrita en el decreto 1790 de 2000, artículos 99, 100 y 103; por lo motivos que expongo:

En primer lugar, y abordando la teoría del acto administrativo, se debe hacer un análisis de los elementos del mismo; para posteriormente entrar a confrontar si dicho pronunciamiento de la administración adolece de vicio alguno con el fin de ser sometido a un juicio de legalidad; que es lo que materialmente pretende la parte demandante.

De tal forma, que debe abordarse la pregunta ¿Qué significa anular un acto administrativo, objetivo, subjetivo o condición?, de lo cual se infiere ab initio, es excluir del ordenamiento jurídico vigente con efectos jurídicos definitivos erga omnes y ex tunc (generales y retroactivos, si son actos objetivos), o inter alios y ex tunc (entre partes interesadas o legitimadas y retroactivos, si son actos subjetivos), un acto administrativo que se probó (causales de nulidad del artículo 137 del C.P.A. y C.A) por las autoridades judiciales previa demanda a través de un medio de control judicial idóneo y pertinente (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y por excepción contractuales), el cual estaba incurso en una causal de nulidad o vicios intrínsecos del acto, bien sea materiales o formales; contenido que ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, a través de pronunciamiento de la Sala Contencioso administrativo , en su sentencia de fecha 27 de enero de 2011,

> *"clasificó a las causales de nulidad así: de manera particular, el artículo 84 del código Administrativo, como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla como vicios formales, los de infracción de normas en las que debe fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como vicios materiales: su emisión con desconocimiento del*

Escaneado con CamScanner

derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió"

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en la sentencia **C- 620 de 2004**, en la cual manifiesta *"..... a través de dicha acción (acción de nulidad) se garantiza el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base es la Constitución, se integra además con la variedad de los actos, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales de que han sido investidos formal, funcional o materialmente."*

Consecuente con lo expuesto, es pertinente y conducente, resaltar que el Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018, contiene todos los elementos esenciales del acto administrativo definitivo, tanto materiales como formales, otorgándole la presunción de legalidad; en vista que fue expedido acorde con las normas legales y constitucionales; que para el efecto regulan la carrera del personal de Oficiales de las Fuerzas Militares y sus formas de retiro "artículo 217 de la Constitución Política de 1991, Decreto 1790 de 2000, decreto 4433 de 2004; como se explica en la parte motiva del acto administrativo definitivo.

REGIMEN APLICABLE

DECRETO 1790 DE 2000

ARTÍCULO 6. JERARQUIA. <Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007><Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, Régimen Interno, Régimen Disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

OFICIALES

1. EJERCITO

Mayor General

Como se infiere de la anterior normativa, el actor por ostentar el grado de Mayor General, pertenecía al nivel de Oficiales Superiores.

La norma *in fine*, en su artículo 99 definió el retiro de las Fuerzas Militares, como aquella situación en la que los Oficiales y Suboficiales, sin perder el grado militar, cesan en su obligación de prestar servicios, en virtud de disposición de autoridad competente; en efecto el citado artículo prescribe:

"ARTÍCULO 99. RETIRO. *<Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007> Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad*

Escaneado con CamScanner

competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.
Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto."

Sobre las causales de retiro el decreto en cita, en su artículo 100 indicó:

ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. *<Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007><Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:*

a) Retiro temporal con pase a la reserva:
1. Por solicitud propia.
2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.

3. Por llamamiento a calificar servicios.
4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.
5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.
6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.
7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.
8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.
9. Por no superar el período de prueba;

b) Retiro absoluto:
1. Por invalidez.
<Doctrina Concordante>
Concepto MINDEFENSA 55062 de 2005
2. Por conducta deficiente.
3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.
4. Por muerte.
5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.
6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.

El artículo 103, señala el retiro discrecional, en cual se prescribe:

ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. *<Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007><Artículo modificado por el artículo 25*

Escaneado con CamScanner

de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.
<Notas de Vigencia>
- Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.481 de 13 de diciembre de 2006.

También fue expedido por el funcionario competente, Presidente de la Republica de Colombia, consideración a las razones expuestas en el **Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018**, que de igual manera goza de presunción de legalidad; respetándose el derecho de defensa en sede administrativa, el cual puede ejercerse una vez se notifique el acto, lo cual está probado dentro del plenario.

Punto seguido, en cuanto al motivo y fin del acto admirativo, que son los elementos atacados, en este litigio, por ilegalidad sustancial, por falsa motivación y desviación de poder; es procedente centrar la defensa, en la facultad discrecional de la administración; en la causal de retiro de llamamiento a calificar servicios; figura que entraña la potestad del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión ; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

Por lo tanto, la esencia del llamamiento a calificar servicios, es la evolución institucional, en este caso del Ejército Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión, de su visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal, es salvaguardar la soberanía en todo el territorio nacional. En este sentido estamos ante un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción del personal, lo que corresponde a la manera corriente de culminar la carrera militar.

Es de anotar, que el llamamiento a calificar servicios en términos prácticos conduce al cese de las funciones de un militar en servicio activo, ello no comporta una sanción, despido ni exclusión denigrante; por el contrario las normas que prevén tal instrumento consagran en favor del personal retirado, entre otras prerrogativas, el reconocimiento y pago de una asignación de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades; se desprende de lo expuesto que la facultad discrecional, encuentra su asidero en el principio de razonabilidad; motivo por el cual, la norma legal consagra como regla general, que debe haber proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad del hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión; en conclusión la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, debe mantenerse intacta ante la sede jurisdiccional, en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos.

De igual manera es de vital importancia, indicar el sentido como se interpretado jurisprudencialmente, la facultad discrecional de voluntad del

Escaneado con CamScanner

gobierno y de llamamiento a calificar servicio, cuyo referente es la sentencia de la **Corte Constitucional C- 072 de 1996**:

> "*"Estableció que la facultad de la cesación del servicio por **voluntad del gobierno**, comprende los siguientes tópicos:*
>
> *-Es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del gobierno o del Ministro, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar de la institución a los miembros de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de las funciones encomendadas por la Constitución.*
> *-Dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y sólo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los Suboficiales.*
>
> ***-El retiro se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso,** se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado.*
>
> *-La facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios, que puedan afectar la buena marcha de la Institución.*
>
> *-El Oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de los eventos no alcanza a causar una asignación de retiro.*
>
> *Facultad de la cesación del servicio por **llamamiento a calificar servicios**, comprende los siguientes postulados:*
>
> ***-La Institución emite un acto administrativo basado en una atribución legal que conduce al cese de actividades del uniformado, sin que la actividad implique una sanción, despido o exclusión deshonrosa del militar o policial y no puede equiparase a otras formas de desvinculación tales como la destitución.***
>
> ***-Esta facultad sólo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado un mínimo de años (18 años o más), que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.***
>
> *-La cesación del servicio por esta causa se considera como una situación en la cual los miembros de la Fuerza Pública, sin perder su rango, culminan su carrera sin que les asista la obligación de prestar sus servicios en actividad.*

Escaneado con CamScanner

-El retiro así ordenado no es definitivo ni absoluto, simplemente el miembro de la Fuerza Pública deja de ser activo para pasar a la reserva.

-Existe la posibilidad de que el uniformado así retirado sea reincorporado por llamamiento especial al servicio.

-Es una forma consuetudinaria de permitir la renovación del personal de la Fuerza Pública y una manera común, de terminar la carrera dentro de las Instituciones Armadas, permitiendo la renovación de mandos.""

En consecuencia, no hay en el Estado de Derecho facultades totalmente discrecionales, porque ello eliminaría la justicia en los actos en que se desarrollan y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada solo existe la aplicación obligada de la norma, en el de la discrecionalidad relativa, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano, que añaden una dimensión no prevista en dicha disposición.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en **Sentencia C-734 de 2000, reiterando lo dicho en la SU-250 de 1998**; coloca de relieve cómo el Consejo de Estado, también ha reconocido que en un Estado Social de Derecho la discrecionalidad absoluta no existe; (transcribo cita jurisprudencial en cursiva)

"De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. ***En síntesis todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivos y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida****. Esta forma detallada y completa de regulación es ideal en el Estado de Derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará la opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión, en algunas ocasiones, la ley fijará los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente.* ***Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen***

Escaneado con CamScanner

267

de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.""

CASO EN CONCRETO

Abordando en concreto el caso del señor MG ® **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA**, se observa que el argumento central de la censura, contra el acto administrativo demandando (**Decreto 2131 del 15 de Noviembre de 2018);** radica en que a juicio del demandante el retiro del servicio como Mayor General del Ejercito Nacional no fue debidamente motivado y se soportó en argumentos sin fundamento; de igual manera, podría sustentarse en la relación de felicitaciones, condecoraciones la de antigüedad por años de servicio que se entrega en razón al tiempo de permanencia y no en razón a las calidades personales y profesionales del militar, que refleja en su hoja de vida.

Se puede inferir, que el retiro del señor MG ® **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA**, fue ajustado al precepto legal, en virtud que fue retirado con un tiempo de servicio superior a dieciocho (18) años, situación administrativa que por derecho le permite acceder a una asignación de retiro; de igual manera el retiro por llamamiento a calificar servicios, es una situación que en concordancia con el marco normativo expuesto, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad; motivo por el cual no vulnera derechos de rango constitucional.

En cuanto a la falsa motivación, la cual se presenta cuando no hay correspondencia entre la realidad fáctica que induce a la producción del acto y los motivos que argumenta la administración para proferirlo; para este caso, el **Decreto 2131 del 15 de Noviembre de 2018,** fue producto de un proceso integral de evaluación por parte del personal competente en los que si se consignan los motivos de la decisión, los cuales no pueden ser otros, que los que señala la norma; que es el artículo 217 de la Constitución Política, los artículos 99, 100 y 103 del decreto 1790 de 2000, modificado por la ley 1104 de 2006, el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 y suficiente jurisprudencia acorde al retiro por llamamiento a calificar servicios, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Sobre el desempeño y hoja de vida que alega el señor MG ® **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA**, se debe tener presente que *per se* no generan fuero de inamovilidad alguno, pues un óptimo rendimiento es lo mínimo que se puede esperar de un servidor público, más aun cuando es de alta graduación y si se revisara las hojas de vida de todos los considerados para ascenso al grado de General, se podría apreciar que igual tienen un gran número de medallas, condecoraciones, estudios y felicitaciones registradas, aún más.-

Al respecto se ha pronunciado el **Consejo de Estado en sentencia de fecha 18 de febrero de 2010, MP. Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ**

Escaneado con CamScanner

ARANGUREN Rad. N° 0205-08:

"De conformidad con la providencia C-525 de 1995 la Corte Constitucional la facultada discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran, sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio. ***La eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, felicitaciones y ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, más aún en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, pues por la naturaleza de las funciones a ellos conferidas, requieren entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual."***

En Igual sentido, el tema es desarrollado por el Consejo de Estado, a través de la **sentencia del Magistrado Ponente Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, de radicado N° 0948-09**

"Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del actor, de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por si solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación, que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por si solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.

En el caso de la Policía Nacional, como el de otras Instituciones de seguridad nacional, el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia en procura del cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas, que implica que los altos mandos, pueden contar en condiciones, de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando, lo cual justifica que bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad el nominador, pueda ejercer la facultad de libre remoción.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sección, al señalar en casos similares que, todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al Juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, inmediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal.

En el caso en concreto, revisada la sección de anotaciones de la hoja de vida del actor, se observa que, ***no obstante describir su rendimiento laboral con proximidad al retiro el último período***

Escaneado con CamScanner

evaluado**, correspondiente al año 2002, visible al folio del expediente, **en el que registra en términos generales, un buen desempeño en sus funciones debe decirse, de una parte, que dichas consideraciones no otorgan per se , inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan anotaciones sobre la realización de actos de excepcional mérito y reconocimiento, que por la inmediatez con la decisión de retiro del servicio, eventualmente permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación de poder en el expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio"

Por expuesto, se deduce, si bien es cierto, la hoja de servicios constituye un elemento fundamental con el fin de ejercer la facultad discrecional, también lo es que dicho instrumento no es el único elemento que se tiene en cuanta para tomar la decisión del retiro; por ende quien alega esta causal de anulación del acto administrativo, debe demostrar de manera **incontrovertible y categórica**, que el acto objeto de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se expidió con un fin y por motivos diferentes al buen servicio, y a los principios de la función administrativa.

En relación con la clasificación antes mencionada, es necesario tener en cuenta lo preceptuado en LOS ARTÍCULOS 2, 3, 37, 48, 49, 52, 53 del Decreto 1799 de 2000. Vemos que el artículo 2, trata de la naturaleza del sistema de evaluación, el 3, de los objetivos de la evaluación, pero que en ninguna parte se menciona que por obtener buena evaluación en el desempeño profesional se prohíba el llamamiento a calificar servicios.

(...)ARTICULO 2o. NATURALEZA. El sistema de evaluación y clasificación para Oficiales y Suboficiales se fundamenta en los siguientes conceptos:

a. Evaluación. Es un proceso continuo y permanente, por medio del cual se determina el desempeño profesional y el comportamiento personal con base en informaciones procedentes de diferentes fuentes, de acuerdo con los indicadores establecidos en los formatos de evaluación.
b. Importancia de la evaluación.

1) Para el evaluado
Ofrece una información válida acerca de su situación con respecto de sus metas personales y profesionales y otorga fundamentos para que tome las decisiones más adecuadas para la orientación de su vida profesional y personal.

2) Para el evaluador
Establece el compromiso con el perfeccionamiento personal y profesional del subalterno y permite generar la orientación requerida.
Facilita el cumplimiento de las funciones profesionales de dirigir, administrar e instruir al talento humano.

3) Para la institución
Da información válida para la toma de decisiones en cuanto a la administración del talento humano.

ARTICULO 3o. OBJETIVOS. Los objetivos de la evaluación son los siguientes:
a. Obtener y registrar información válida acerca del desarrollo del perfil

Escaneado con CamScanner

profesional.
b. ***Valorar el desempeño profesional del evaluado durante un período determinado.***
c. ***Identificar el personal que reúne los requisitos profesionales exigidos para continuar en la Carrera Militar.***
d. Servir como instrumento para otorgar incentivos y aplicar correctivos, con base en las necesidades detectadas.
e. Detectar las necesidades de capacitación para el cumplimiento eficiente del objetivo institucional.
f. Determinar la responsabilidad del evaluador y evaluado a través del seguimiento permanente del desempeño profesional y el comportamiento personal.

En relación con el art. 37 del mismo decreto, vemos que nos define el término clasificación, que sirve para medir el desempeño profesional, el cual tampoco se ha violado o no se encuentra probado dentro del proceso dicha violación, veamos:

ARTICULO 37. DEFINICION. *La clasificación es la fase del proceso que permite agrupar en listas a los oficiales y suboficiales, según la evaluación obtenida y se constituye en el instrumento que mide el desempeño profesional.*

En cuanto a los arts. 48, 49, 52 y 53 del mismo Decreto, tenemos:

ARTICULO 48. DEFINICION. ***La lista de clasificación es un mecanismo de la fase de clasificación, que permite ordenar en grupos de calidad a oficiales y suboficiales de acuerdo con los resultados obtenidos en sus evaluaciones.***

ARTICULO 49. CLASES DE LISTAS. Existen dos tipos de lista de clasificación. Lista de clasificación anual y Lista de clasificación para ascenso.

ARTICULO 52. LISTAS DE CLASIFICACION. Para los propósitos de clasificación se establecen cinco (5) listas así:

a. Lista número UNO indica nivel EXCELENTE
b. Lista número DOS indica nivel MUY BUENO
c. Lista número TRES indica nivel BUENO
d. Lista número CUATRO indica nivel REGULAR
e. Lista número CINCO indica nivel DEFICIENTE

ARTICULO 53. OBJETO DE LAS LISTAS. Las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre:

a. ***Ascensos de personal.***
b. Asignación de premios, distinciones o estímulos
c. Mejor utilización del talento humano y capacitación.
d. ***Retiros del servicio activo****.*

(...) (Resaltados fuera de texto)

Así las cosas, se desvirtúa de plano la existencia de una Falsa Motivación y se reafirma la presunción de legalidad del Acto Administrativo que hoy se ataca

Escaneado con CamScanner

en sede judicial pues, como se ha intentado explicar, el mismo es el producto de un proceso de evaluación en el que se tienen en cuenta no solo las calidades personales y profesionales de aquellas personas que pretender ascender en el escalafón de oficiales, sino que además se deben tener en cuenta aspectos tales como disponibilidad de la planta de personal y el más importante de ellos, las necesidades del servicio.

Frente a este último ítem, es decir, las necesidades del servicio, vale la pena resaltar que son aquellas que se erigen en aras de cumplir a cabalidad con la Misión que le ha impuesto la Constitución a los Miembros de las Fuerzas Militares, quienes en todo caso deberán ser personas que integralmente satisfagan las expectativas de la Entidad, entendidas estas últimas como el cumulo de aptitudes y actitudes que se reflejan en las correspondientes clasificaciones que se realizan, en este caso a los oficiales.

Insistimos que el caso que nos ocupa, no se estructura en este evento falsa motivación alguna porque como se observa, la Institución ejerciendo las facultades que la misma ley le confiere, decidió el retiro de la Oficial, previa la verificación de los aspectos de aptitud, actitud y clasificación además de que previo el cumplimiento del requisito legal de que hubiese transcurrido un tiempo de servicio igual o superior a dieciocho (18) años, como efectivamente fue cumplido por parte del demandante. Dicha situación administrativa, tal como lo preceptúa el Decreto 4433 de 2004 le permite acceder a una asignación de retiro.

A propósito del hecho de que el Llamamiento a Calificar Servicios se encuentra dentro de las llamadas potestades discrecionales, nos resulta pertinente indicar que, sobre el tema de la facultad discrecional, el Consejo de Estado se ha pronunciado, en su **sentencia de fecha 10 de febrero de 2011, M.P. Dra. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Rad. N° 11001-03-15-000-2010-01239** (trascribo aparte)

> *"La decisión en torno al llamamiento a calificar servicios, se enmarca en un proceso donde está inserto el uso de una facultad discrecional de determinados órganos de las Fuerzas Militares, sin embargo, los actos administrativos que se expidan en virtud de dicha facultad deben estar encaminados al mejoramiento del servicio y es,* ***a la parte demandante, a quien le corresponde demostrar que la autoridad administrativa, en ejercicio de sus facultades, persiguió finalidades diferentes"***

Precisamente por lo anterior, el llamamiento a calificar servicios, en cuanto es facultad discrecional, no exige motivación del acto, pero sí la justificación de los motivos; tal como lo ha sentado la jurisprudencia de la Jurisdicción Contenciosa, en el sentido que la administración no está en la obligación de motivar sus decisiones, pues las mismas, al estar cobijadas por la presunción de legalidad, se entienden expedidas en aras del mejoramiento del servicio, sin que ello signifique que carezcan de motivación. En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en la **sentencia de fecha 16 de febrero de 2006, MP. Dr. JESÚS MARIA LEMUS BUSTAMANTE Rad. N° 8182-05**

Escaneado con CamScanner

(transcribo aparte en cursiva)

> *"El Presidente de la Republica tiene sobre el personal del Ejército Nacional, según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio activo, con el sólo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa,* ***sin que requiera explicar de otro modo sus móviles. Estos Decretos se asumen como proferidos en ejercicio de sus potestades sobre el personal subalterno y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público a su cargo. Por lo tanto, se presumen ajustados a la normatividad, a menos que se demuestre en juicio,..... Que se infringieron las normas en que debía fundarse o fueron expedidos irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.*** *Empero, corresponde al demandante en estos eventos demostrar las violaciones normativas causadas.* ***Por tratarse de una facultad discrecional no era de rigor que el acto que ordenó la remoción, ni el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional expresaran en concreto los motivos de la decisión,*** *que sí son indispensables para los actos reglados con el objeto de determinar la conexidad entre los hechos y el derecho aplicado. De otro lado debe decirse que la desvinculación se origina en un acto discrecional plenamente justificado, sin que haya lugar a controversias con el empleado, porque ella se produce por la voluntad del Gobierno Nacional"*

Así las cosas, se puede colegir que en cuanto a motivación de el **Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018 DEMANDADA,** esta expresada dentro del considerando del acto administrativo definitivo, no en forma singular o subjetiva como pretende el demandante, sino de una forma normativa u objetiva como lo prescribe la jurisprudencia. Motivación que de manera clara indica, las norman que sustentan la facultad discrecional del retiro por llamamiento a calificar servicios; empero cumpliendo con los presupuestos objetivos requeridos, de un tiempo mínimo de servicio y acceder a una asignación de retiro; como se encuentra acreditado dentro del proceso.

De conformidad con las previsiones que realiza el artículo 167 del CGP se encuentra en cabeza de la persona que pretende ser indemnizada la carga probatoria, es decir, la parte actora deberá demostrar, con pruebas legalmente allegadas al proceso, que el **Decreto 2131 del 15 de noviembre de 2018 fue** proferido con vicios de desviación de poder y falsa motivación y no simplemente pretender que se acceda a lo pretendido con base en meras apreciaciones subjetivas no probadas, en virtud que como lo señala en forma clara la jurisprudencia del Consejo de Estado, el acervo probatorio debe ser **incontrovertible y categórico;** ya que hasta el momento no se ha logrado demostrar lo propuesto en el libelo demandatorio.

Finalmente me permito manifestar que la estructura **PIRAMIDAL** de la fuerzas militares tiene su fundamento en la necesidad de cumplir con la función que le

Escaneado con CamScanner

es asignada dentro del Estado y las necesidades del servicio, lo que implica que no todos pueden llegar a ascender al grado más alto, premisa constitucionalmente acatada dentro del estamento militar y dentro de toda la administración pública.

No todos los miembros de las fuerzas Militares tienen calidades para ser General de la República, pese a que si las tengan para ser Coronel o simplemente Mayor; Circunstancia esta que es plenamente conocida por todos y cada uno de los miembros de las Fuerzas Armadas, desde que inician su carrera militar.

En el presente caso, es claro que el Gobierno Nacional tuvo en cuenta las necesidades del servicio y el escalonamiento que ES PIRAMIDAL, lo cual no obedeció a intereses particulares como quiere hacerlo ver el demandante.

Si en las Fuerzas Militares se tuviera que apelar a no poder retirar a nadie del servicio activo, se tendría que estas instituciones no podrían cumplir con las jerarquías que las caracterizan; éste tránsito a una pirámide jerárquica de por si conlleva, de manera implícita, que los miembros de las mismas se deben retirar en la medida en que se acercan a la cúspide.

Al respecto la Corte Constitucional, mediante sentencia C-072 de 1996, precisó:
"(...)
El llamamiento a calificar servicios es un valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica, en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros (...)

Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que le es propio.

Por los argumentos expuestos durante el presente proceso con todo respeto le solicito al señor Magistrado de conocimiento
, muy respetuosamente, **se nieguen las pretensiones de la demanda.**

Escaneado con CamScanner

5. PRUEBAS

Pruebas parte demandada:

Respetuosamente, me permito solicitar a su Despacho, que se decreten las siguientes pruebas y se oficie por secretaría así:

- A la Dirección de Personal de la Ejercito Nacional, para que allegue copia total de la Hoja de Vida con sus respectivas anotaciones de el señor Mayor General® **LUIS FERNANDO ROJAS ESPINOSA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.313.569.-

6. EN CUANTO A LAS COSTAS

Esta demandada se acoge lo prescrito en el artículo 188 del C.P.A.C.A, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a las partes, en tanto no se ha comprobado un uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales por parte de estas.

7. PERSONERÍA JURÍDICA

De manera respetuosa, solicito a su señoría, reconocerme personería para actuar dentro del presente proceso administrativo en los términos del poder otorgado por el Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Asuntos Legales.

8. ANEXOS CON LA DEMANDA

- Poder otorgado con sus respectivas certificaciones

NOTIFICACIONES

El representante legal de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional y el suscrito apoderado las recibiremos en la Carrera 10 No 26-71 edificio residencias Tequendama, torre sur piso séptimo de la ciudad de Bogotá, D.C. Celular 3102904854 Correo electrónico german.ojeda@mindefensa.gov.co ; germanlojedam@gmail.com

De su señoría con toda consideración y respeto,

GERMAN LEONIDAS OJEDA MORENO
C. C. No. 79.273.724 expedida en Bogotá.
T.P. No. 102.298 del C. S. de la J.

Anexo lo anunciado poder y resoluciones

Escaneado con CamScanner

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 0845

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

Honorables Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
Bogotá D.C. - Cundinamarca

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	25000-2342-**000-2019-00845**-00
Demandante:	OLGA MARINA PINEDA
Demandado:	**SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.**
Magistrado Ponente:	Dr. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
Referencia:	**CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

JULIAN LIBARDO CARRILLO ACUÑA, mayor de edad, identificado con la C.C. No. 1.010'171.454 expedida en la ciudad de Bogotá D.C., domiciliado civil y profesionalmente en esa misma ciudad, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 227.219 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado especial de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.** entidad creada mediante el Acuerdo 641 del seis (6) de abril de 2016 del Concejo de Bogotá D.C. y representada legalmente por la Dra. **CLAUDIA LUCÍA ARDILA TORRES**, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.681.610, nombrada mediante Decreto Distrital No. 098 del 30 marzo de 2020 y Acta de Posesión del primero (1°) de abril de 2020 en calidad de Gerente, de conformidad con el poder anexo; encontrándome dentro del término, por medio del presente escrito procedo a contestar la demanda formulada ante el Honorable Tribunal por la señora OLGA MARINA PINEDA a través de apoderada, de la siguiente manera:

SOBRE LAS PRETENSIONES

Como apoderado de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.** me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte actora, toda vez que según lo que se demostrará en el transcurso del presente proceso, las afirmaciones de la demandante resultan ser insuficientes para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado así como de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes de conformidad con lo previsto en la normatividad vigente.

Se debe considerar además que, dada la importancia del servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado, es posible que se presenten situaciones fácticas que ocasionen gran cúmulo de actividades a desarrollar, las cuales, naturalmente deben suplirse mediante contrato de prestación de servicios, en tanto el personal de planta de la Entidad resulta insuficiente para cumplir con la gestión encomendada, luego entonces, ya que el Hospital goza de total autonomía administrativa, presupuestal y financiera puede celebrar los contratos que considere pertinentes en aras del cumplimiento de su misión como E.S.E.

SOBRE LOS HECHOS

1. ES CIERTO de conformidad con la documental aportada.
2. ES PARCIALMENTE CIERTO, pero aclaro, los contratos de prestación de servicios obedecieron a lo previsto en la cláusula de *"plazo de ejecución"* y a sus respectivas modificaciones, dicho de otra manera, la contratista tenía conocimiento de cuando iniciaba y cuándo terminaba la relación contractual. Ahora bien, nos atenemos a lo que se demuestre en el proceso.
3. ES PARCIALMENTE CIERTO, pero aclaro, los contratos de prestación de servicios contemplaron unas obligaciones específicas que determinaban el actuar de la contratista según la idoneidad acreditada. Ahora bien, nos atenemos a lo que se demuestre en el proceso.

4. NO ES CIERTO que el objeto de los contratos fuera el mismo, según los documentos aportados por la parte actora, existieron variación entre ellos, basta con observar cada uno contratos suscritos para identificar sus diferencias. Ahora, la manifestación *"(...) está de más que la intención real de la Administración, fue, mantener un vinculo laboral, directo y constante con la demandante (...)"* referida como segunda parte del enunciado del hecho no resulta ser más que una apreciación subjetiva de la apoderada de la demandante.
5. ES PARCIALMENTE CIERTO que en la Entidad demandada existieran empleados con funciones similares a las actividades realizadas por la contratista en virtud del contrato estatal, sin embargo, bajo el ordenamiento jurídico actual, es totalmente dable que las entidades públicas suscriban contratos de prestación de servicios *"(...) para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad (...)"* siempre que *"(...)* ***dichas actividades no puedan realizarse con persona de planta*** *o* ***requieran conocimientos especializados***. ***En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales*** *y se celebran por el término estrictamente indispensable (...)"* (Art. 32, Ley 80 de 1993) (Negrilla y subrayado fuera de texto).
   De otra parte, aún cuando las actividades desarrolladas por la contratista pudieron ser análogas con las funciones de los funcionarios de la Entidad, como lo advierte la norma citada, una de las causales para que las Entidades Públicas puedan contratar a particulares mediante prestación de servicios es que tales actividades no puedan realizarse con personal de planta.
   Ahora bien, en aplicación de la carga probatoria deberá la apoderada de la demandante probar esta afirmación, por otro lado, es evidente que los servicios contratados por la entidad responden a la capacidad ofrecida por las plantas de personal de cada una de las entidades, así la prestación del servicio depende de su capacidad de atención y de los servicios ofertados.
6. NO ES CIERTO Y NO ES UN HECHO. Lo referido no resulta ser más que una conjetura realizada por la apoderada, no obstante, vale la pena señalar que a la demandante solo le asiste el derecho de ingresar a la carrera administrativa en las modalidades previstas en la Ley y la Constitución para tal fin, por ende, no le es dable a la entidad reconocer este tipo de calidad a mutuo propio.
7. ES PARCIALMENTE CIERTO, pero aclaro, la demandante prestó sus servicios en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados con la Entidad por cuanto fueron celebrados con fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los cuales se pactó el término de duración y las actividades u obligaciones a desarrollar asumidas por las partes, por consiguiente, no es acertado indicar que se debía únicamente a la programación de las entidades demandadas pues no resulta se claro lo que pretende señalar la apoderada en la presente manifestación.
8. NO ES CIERTO que la demandante fuera sometida al cumplimiento de un horario para el ejercicio de sus funciones en estricto sentido, es preciso resaltar que el cumplimiento de las actividades desempeñadas por la parte actora sólo pueden ser ejercidas dentro de cierto intervalo de tiempo, aspecto que dista mucho del elemento configurativo de horario; ahora bien, lo que existió y existe con todo personal vinculado por medio de contrato de prestación de servicios, es una RELACIÓN DE COORDINACIÓN de las actividades a desarrollar por los contratistas, tal y como lo ha manifestado el Consejo de Estado al explicar que *"Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor"*[1] Así mismo, como se indicó anteriormente la demandante no desempeñó un cargo, ella realizó actividades mediante órdenes de prestación de servicios, en atención a lo pactado contractualmente.
9. ES CIERTO que los contratos de prestación de servicios celebrados entre la Entidad y la actora determinaron como entidad contratante el HOSPITAL LA VICTORIA E.S.E. son embargo, es necesario aclarar que el periodo de vinculación estuvo limitado por lo previsto en la cláusula de *"plazo de ejecución"*. Ahora bien, nos atenemos a lo que se demuestre en el proceso.
10. NO ES CIERTO Y NO ES UN HECHO. Lo referido no resulta ser más que una conjetura realizada por la apoderada, no obstante, vale la pena señalar que como se mencionó en la respuesta ofrecida para el hecho 8, que la parte actora haya cumplido sus obligaciones contractuales dentro de cierto intervalo de tiempo obedece a la RELACIÓN DE COORDINACIÓN que entre contratante y contratista se debe dar, además, que la necesidad planteada por la entidad y de conformidad con lo previsto en los contratos de prestación de

[1] Sentencia de la Subsección "B", M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03

servicios suscritos por la demandante dan cuenta del acuerdo de voluntades que sobre dicho aspecto se dio. Por tanto, en forma unilateral la parte demandante no puede desnaturalizar la relación contractual alegando una vinculación laboral bajo la consideración que esta última vinculación le resulta más beneficiosa, desconociendo así la regla jurídica conocida como *"pacta sunt servanda (el contrato es ley para las partes)"*.

11. ES PARCIALMENTE CIERTO, pero se aclara, como se ha mencionado la programación mensual de los turnos esta determinado para la COORDINACIÓN con todo el personal y con los contratistas, en ese sentido, lejos de llegar a configurar algún elemento del contrato de trabajo, se busca responder de una manera efectiva a la demanda en la prestación del servicio. Ahora, conforme a las funciones asignadas al supervisor del contrato, es deber de esta persona verificar la prestación de los servicios personales de la contratista, así como coordinar con las demás personas las acciones ejecutadas para la atención de los diferentes usuarios, esto en virtud del contrato de prestación de servicios.
12. NO ES CIERTO. Como se indico en el punto anterior, a la contratista le era dable cumplir con sus obligaciones contractuales en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos con la Entidad dentro de esa RELACIÓN DE COORDINACIÓN, por ende, y en aplicación del principio de carga procesal, la apoderada de la parte demandante deberá probar este hecho.
13. NO ES CIERTO que la demandante fuera objeto de llamados de atención y/o sanciones disciplinarias, esta afirmación no resulta ser más que una mera especulación del apoderado de la parte actora, toda vez que con la demanda no se allega prueba que corrobore lo alegado en el presente hecho, nos atenemos a lo que se demuestre en el debate probatorio.
14. NO ES CIERTO. Como se indico en el punto 8, 10 y 12, la entidad en aplicación a la RELACIÓN DE COORDINACIÓN y conforme la necesidad, le es dable determinar una planeación mensual de turnos, por ende, y en aplicación del principio de carga procesal, a la apoderada de la parte demandante deberá probar este hecho máxime cuando como se ha dicho, la configuración de turnos no es un elemento configurativo de la relación laboral. Ahora, vale la pena señalar que en este hecho y en el hecho 11, la parte demandante refiere *"las Entidades demandadas"* sin que a la fecha se conozca hechos atribuibles a otra entidad.
15. Pese a ser un hecho repetitivo, NO ES CIERTO que la demandante prestará sus funciones exclusivamente en una jornada, sin embargo, es importante señalar que (como se ha mencionado) la contratista le era dable cumplir con sus obligaciones contractuales en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos con la Entidad dentro de esa RELACIÓN DE COORDINACIÓN.
16. ES PARCIALMENTE CIERTO, pero aclaro, como se ha indicado precedentemente, dado que la relación entre la Entidad demandada y la demandante no era de índole laboral, sino contractual derivada de un contrato de prestación de servicios, por la misma naturaleza de la relación contractual, es que no había lugar al reconocimiento de algún compensatorio. Lo que está claro es que la contratista cumplió las obligaciones contractuales y por ello, las partes se encuentran a PAZ Y SALVO por todo concepto.
17. NO ES CIERTO Y NO ES UN HECHO. Esta afirmación no resulta ser más que una mera especulación de la apoderada de la parte actora, toda vez que con la demanda no se allega prueba que corrobore lo alegado en el presente hecho, nos atenemos a lo que se demuestre en el debate probatorio.
18. ES PARCIALMENTE CIERTO, pero se aclara, como se ha mencionado la programación mensual de los turnos esta determinado para la COORDINACIÓN, en ese sentido, con el fin de no afectar la prestación del servicio, es natural que cualquier aspecto que lo afecte sea de conocimiento del supervisor, quien, conforme a las funciones asignadas, debe persona verificar la prestación de los servicios personales de la contratista.
19. NO ES CIERTO que la demandante recibiera ordenes, considerando que "*la orden*" es dada cuando existe la subordinación; en el presente caso, la apoderada deberá probar este hecho máxime cuando no se aporta prueba alguna que permita o tener por cierto o negar dicha manifestación.
20. NO ES CIERTO que la demandante estuviera sujeta a las Directrices del Gerente de la institución sino de las obligaciones adquiridas en virtud de la relación contractual creada entre las partes, al respecto vale la pena señalar que, pese a que sus actividades deban enmarcarse en ciertos criterios (estándares de calidad y oportunidad dados por manuales y protocolos), lo cierto es que no por este hecho, se suprime su autonomía, así lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado cuando recordó: *"(...) si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, **no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades**. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, **laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita**. Y lo propio puede afirmarse*

respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. ***En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.***"

21. NO ES CIERTO que la demandante estuviera sujeta a asistir a capacitaciones; en el presente caso, la apoderada deberá probar este hecho máxime cuando no se aporta prueba alguna que permita o tener por cierto o negar dicha manifestación.
22. NO ES CIERTO que la demandante estuviera sujeta a la supervisión permanente del Gerente de la Institución, de las coordinadoras de enfermería y de las jefes de enfermería, esto por cuanto, como ya se ha indicado en respuestas anteriores, en aplicación a lo previsto en la Ley 80 de 1993, se pactó con la contratista una cláusula contractual que determinó la supervisión del presente contrato en cabeza del REFERENTE DEL PROCESO DE ENFERMERÍA, esto, con el fin de verificar el cumplimiento y ejecución del mismo.
23. ES PARCIALMENTE CIERTO que la contratista recibía cierta remuneración en virtud de los contratos de prestación suscritos, sin embargo, se deberá probar en el transcurso de este proceso el monto de dicha contraprestación en cada uno de ellos.
24. NO ES CIERTO Y NO ES UN HECHO. Esta afirmación no resulta ser más que una mera especulación de la apoderada de la parte actora, toda vez que con la demanda no se allega prueba que corrobore lo alegado en el presente hecho, por ende, nos atenemos a lo que se demuestre en el debate probatorio.
25. NO ES CIERTO Y NO ES UN HECHO. Esta afirmación no resulta ser más que una mera especulación de la apoderada de la parte actora, toda vez que con la demanda no se allega prueba que corrobore lo alegado en el presente hecho, por ende, nos atenemos a lo que se demuestre en el debate probatorio.
26. NO ES CIERTO Y NO ES UN HECHO. Lo referido no resulta ser más que una conjetura realizada por la apoderada, no obstante, vale la pena señalar que entre demandante y demandada existió una relación contractual derivada de un contrato de prestación de servicios, los cuales fueron suscritos de conformidad con la legislación vigente (Ley 80 de 1993).
27. ES CIERTO de conformidad con la documentación aportada.
28. ES CIERTO de conformidad con la documentación aportada, no obstante, se aclara que, a la demandante no le asiste derecho de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales de acuerdo con la naturaleza de los contratos que suscribió con la Entidad demandada.
29. ES CIERTO, es la referencia de una norma de público conocimiento.
30. NO ES CIERTO. Esta afirmación no resulta tener un sustento probatorio, por ende, nos atenemos a lo que se demuestre en el debate probatorio.
31. NO ES CIERTO. Esta afirmación no resulta tener un sustento probatorio, por ende, nos atenemos a lo que se demuestre en el debate probatorio.
32. NO ES CIERTO. Esta afirmación no resulta tener un sustento probatorio, por ende, nos atenemos a lo que se demuestre en el debate probatorio.
33. Como se señaló en el punto 28 de la presente contestación, ES CIERTO de conformidad con la documentación aportada, no obstante, nuevamente se aclara que, a la demandante no le asiste derecho de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales de acuerdo con la naturaleza de los contratos que suscribió con la Entidad demandada.
34. NO ES CIERTO Y NO ES UN HECHO. Esta afirmación no resulta ser más que una mera especulación de la apoderada de la parte actora, toda vez que con la demanda no se allega prueba que corrobore lo alegado en el presente hecho, nos atenemos a lo que se demuestre en el debate probatorio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para abordar el presente caso, será necesario plantear su estudio desde dos ópticas a saber: 1) La celebración de los contratos de prestación de servicios dentro de las E.S.E. y, 2) la aplicación del principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.).

1. LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DENTRO DE LAS E.S.E.

Es claro que, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que celebran las Entidades Estatales se encuentran regulados por la Ley 80 de 1993, siendo una modalidad de contrato estatal actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico, estos surgen como una alternativa para contratar con personas naturales o jurídicas la ejecución de ciertas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de una entidad pública siempre que tales

102

actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en la entidad o en el caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores, así lo señala el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

> *"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."*

Luego de definir el fundamento jurídico de esta modalidad de contratación en la legislación Colombiana, conforme se menciono en el aparte anterior, vale la pena destacar debido a la importancia que prestan las Empresas Sociales del Estado, resulta posible que se presenten diferentes situaciones fácticas que demanden un gran cumulo de actividades a desarrollar, y por ende, deban suplirse con personal externo a través de la suscripción de contratos de prestacaión de servicios; esto por varios motivos a saber:

1. La demanda del servicio no obedece a criterios fijos, lo cual hace que la necesidad varie constantemente.
2. La calidad en la prestación del servicio depende de la cantidad de personal disponible para atender dicha demanda.
3. El personal de planta resulta ser insuficiente ara cumplir con la gestión encomendada.
4. Es muy dificil establecer grandes plantas de personal "fijas" por cuanto, como se menciono, estas deben responder al criterio de necesidad y demanda del servicio.
5. La salud es un derecho fundamental, de manera que, la no prestación del servicio resulta ser mucho más reprochable para la entidad que el hecho de suscribir contratos de prestación de servicios.
6. Considerando que el Hospital La Victoria, ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. gozaba de autonomía administrativa, presupuestal y financiera, hizo uso de una de las modalidades de selección para contratar los servicios de la demandante y poder suplir dicha necesidad.
7. Que pese a esa autonomía, no le era dable realizar constantes restructuraciones para garantizar que los servicios prestados fueran cubiertos por personal de planta, máxime cuando, tal condición solo se puede ser adquirida conforme a lo dispuesto en la normatividad para empleados de carrera.
8. Que todos los contratos suscritos estan amparados por la ley.

Conforme a lo anterior se puede concluir que, la suscripción de este acto jurídico debe obedecer no solo a la necesidad de la administración, sino tambien a la imposiblidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva; ahora, considerando que resulta algo complejo estar modificando las plantas de personal de las entidades según la variación diaria de la necesidad, se ha optado por permitir que las entidades públicas suscriban este tipo de contratos para garantizar la atención del servicio conforme a los requerimientos diarios que este demanda, sin que esto llegue a vulnerar las prerrogativas constitucionales.

Ahora bien, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, establece que los contratos de prestación de servicios, gozan de ciertas características, manifestando dicha corporación que el contrato de prestación de servicios 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, por lo cual se establecen características tales como la prestación de un servicio que 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 material, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. Igualmente, el contratista gozará de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico.

Al respecto, la anterior Corporación en Sentencia C 713 de 2009 señaló:

> *"El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general. Puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas (...)"*

Resulta evidente que la suscripción de los contratos de prestación de servicios no obedeció a la mala fe de la entidad en desconocer aquellas prerrogativas que por ley le corresponden a empleados de carrera administrativa, sino a la atención de una necesidad básica y en aras de prevalecerel interes general, en esto punto, se pregunta este apoderado, ¿Cómo puede una E.S.E. que teniendo una planta de personal insuficiente, pretenda garantizar la atención en el servicio de salud (cumplimiento de los fines esenciales del estado)? ¿Es el contrato de prestación de servicios una modalidad de contratación valida a la luz del ordenamiento jurídico? En caso afirmativo, ¿puede esta modalidad ser usada por las E.S.E. para suplir su necesidad de personal dada la demanda en la prestación de servicios de salud? o, por el contrario, ¿Le esta prohibido a las entidades públicas hacer uso de esta modalidad de contratación para satisfacer necesidades reales y latentes?; no deja de precupar el interrogante de ¿Cuál sería la consecuencia para la entidad pública que, teniendo una planta de personal insuficiente no satisface su necesidad? ¿Qué alternativa jurídica tiene una E.S.E. para suplir aquella necesidad de servicio?

Por otro lado, acatando los pronunciamientos jurisprudenciales, debe tenerse en cuenta que la celebración de contratos de prestación de servicios no implica necesariamente discriminación alguna sobre un profesional respecto a una persona que es titular de un cargo de carrera administrativa, dado que es la ley quien ha facultado a las Entidades Públicas para suscribirlos, siguiendo unos parámetros preestablecidos. Ahora, respecto al cumplimiento de horario con ocasión a la celebración de un contrato de prestación de servicios, ya se ha anotado en los HECHOS de la presente contestación lo manifestado sobre el punto por parte del Consejo de Estado, así:

> *"entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ellos significa necesariamente la consignación de un elemento de subordinación"*

Desarrollando lo anterior, la Sección Segunda ha manifestado que *"**aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ad initio se consideró como contractual laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particulares, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.**"* (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, ¿de qué otra manera se puede establecer un orden y concordancia entre la actividad prestada por un contratista y las necesidades del servicio por parte de una E.S.E.? ¿No debe haber entonces una *"supervisión"* respecto a las actividades ejecutadas por parte del profesional contratista? ¿No debe este, naturalmente, cumplir con dichas actividades dentro de un horario acorde a las necesidades de la E.S.E. contratante?

Desarrollando los anteriores cuestionamientos, en decisión de Sala Plena adoptada el dieciocho (18) de Noviembre de 2003, radicación 0039, el Honorable Consejo de Estado, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, indicó:

> *"(...) Era inaceptable reconocer la existencia de una relación laboral en circunstancias en las cuales el contratista coordina con su contratante la prestación del servicio, pues allí evidentemente no se advierte la existencia de una relación de subordinación:*
>
> *Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público, situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de esta y a la forma como en ellas se encuentran coordinadas las distintas actividades. Será absurdo que contratistas encargados del aseo, que deban requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se le necesite (...). En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la Entidad, basado en las circunstancias contractuales (...)"*

Frente a la reclamación del pago de las prestaciones sociales durante el lapso conformado, como manifestación principal tenemos que no hay lugar al reconocimiento de dichas prestaciones por las razones jurídicas expuesta anteriormente. No obstante, cabe citar en aras de fundamentar la excepción

103

más adelante invocada, lo manifestado por la ley y el Consejo de Estado frente a la prescripción de dichos derechos:

> *"Al respecto, el Decreto 1848 de 14 de noviembre de 1969,reglamentario del Decreto 3135 del 26 de noviembre de 1968 , por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en su artículo 102 estableció sobre la prescripción lo que sigue : "Prescripción de acciones . 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."*

Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado desarrolló la teoría sobre la prescripción trienal de las prestaciones sociales, así:

> *"En pronunciamiento del 9 de abril de 2014, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo señaló: "En esta oportunidad, la Sala debe precisar que sí bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y ,en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama. Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.""*

2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *"PACTA SUNT SERVANDA"*

La jurisprudencia nacional, de manera prácticamente uniforme, ha enseñado desde hace mucho tiempo que, al momento de verificar el cumplimiento de las obligaciones independientemente de su calidad, las partes deben remitirse a lo estipulado en el contrato que dio lugar a su vinculo, esto en aplicación del principio reconocido como *"pacta sunt servanda (el contrato es ley para las partes)"* el cual ha sido recogido en el texto del artículo 1602 del Código Civil que señala "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.".*

Al respecto frente a las orientaciones que ha demarcado el Consejo de Estado para establecer el verdadero contenido y alcance de las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las partes de un contrato, resulta ser de vital importancia apegarse a lo referido tanto en el contrato suscrito entre ellas, así como, a lo contenido en los estudios previos, toda vez que en ellos se soporta la intención, voluntad y necesidad que enmarca la contratación, de ello deviene claramente, las condiciones a cumplir por las partes así como el alcance mismo.

Ahora bien, la condición de esa firmeza y obligatoriedad de los contratos deviene del aspecto de *"legalidad"* de la actuación, la cual a su vez se encuentra demarcada en aquellos aspectos que determinan su validez; que no son otros que los previstos en el artículo 1502 del Código Civil, que establece que toda manifestación debe acreditar cuatro elementos a saber: a) Que sea legalmente capaz, b) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; c) Que recaiga sobre un objeto lícito y, d) Que tenga una causa licita.

Al analizar los presupuestos de validez en cada uno de los contratos suscritos por la demandante, se puede concluir:

1. La contratista era legalmente capaz para suscribir cada uno de los contratos, además cumplió con el criterio de idoneidad exigido por la entidad para suplir la necesidad.
2. Consintió dicho acto y tal consentimiento no adelece de vicio alguno (v. gr. Constreñimiento)
3. Los múltiples contratos de prestación de servicios recayeron sobre objeto licito que no era otro que contratar los servicios personales de la demandante para ejecutar cierto tipo de actividades encaminadas a garantizar la prestación del servicio de salud.
4. Basta solo con analizar el objeto contractual de los contratos para concluir que la causa es más que licita.

Por otro lado, el contrato tiene como función generar entre las partes obligaciones sin que ellas puedan con posterioridad y de manera unilateral invalidar su consentimiento salvo las aquellas causas legales que fueron estipuladas por la ley para tal efecto; quiere decir lo anterior que, las partes estarán obligadas a cumplir aquellas indicadas en sus declaraciones y, complementaria y supletoriamente, *"las que emanan precisamente de la obligación o que por ley pertenecen a ella"* (art.1603 C. C.) siempre que se cumplan aquellos requisitos de validez.

Así las cosas, y frente al caso puesto en consideración tenemos que a la contratista le era exigible cumplir con las obligaciones contractuales y por ende, recibir a titulo de honorarios una contraprestación económica, que, todos los contratos fueron debidamente liquidados conforme a lo dispuesto en el contrato y en la ley sin que en ninguna de estas actas, la contratista advirtiera a la de su intención de alegar prestaciones sociales y acreencias laborales.

Finalmente, queda claro que la vinculación era contractual y por ende, no configuraba una relación laboral; que la demandante conoció previamente cada uno de los contratos y pudo, antes de la firma, negarse a aceptar la oferta o condiciones que la entidad pública había fijado para el respectivo contrato, de suerte que, a futuro no pudiera (como pretende en esta demanda) desnaturalizar el contrato de prestación de servicios bajo la situación, que desconocerlo a través de este proceso judicial traería consigo un pago adicional del ya causado, pagado y disfrutado.

EXCEPCIONES

EXCEPCIONES DE FONDO

COBRO DE LO NO DEBIDO.

La demandante pretende el reconocimiento y pago de obligaciones laborales respecto de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., teniendo pleno conocimiento que existió entre ellas vinculo contractual y no relación laboral, esto, toda vez que suscribió con la entidad demandada, contratos de prestación de servicios, los cuales, en virtud de la exposición que se realizó en los fundamentos de derecho de la presente contestación y en aplicación del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no generan relación laboral y por ende, el reconocimiento de prestaciones sociales.

Que la demandante, es decir la señora OLGA MARINA PINEDA se afilió y aportó para el sistema de seguridad social en pensiones y en salud como era su obligación dada su vinculación contractual (contratista), pretendiendo erróneamente que el Hospital, ahora Subred (quien no fue su empleador) efectúe los mismos aportes.

INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN

Es claro que los contratos celebrados con la señora OLGA MARINA PINEDA no comportan la existencia de una relación laboral, y que la misma no pudo haberse configurado con el pasar del tiempo; que en el presente caso no se podrán acreditar los elementos que configuran la relación contractual y que por tal razón no se podrá desvirtuar la presunción de legalidad que cubre tanto el acto administrativo por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales así como de los respectivos vinculos contractuales.

Al respecto, nuestro Honorable Consejo de Estado en Sentencia, veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011).- Consejero ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA - Radicado: 2008-00246-01(0023-11), respecto al contrato de prestación de servicio indicó:

> *"(...) En ese orden de ideas, en esta modalidad contractual se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.(...)"*

104

AUSENCIA DE VÍNCULO DE CARÁCTER LABORAL

No existe vinculo de carácter laboral que obligue a la entidad a reconocer las prestaciones y acreencias solicitadas, esto, considerando que la demandante se desempeñó como contratista independiente, que a si mismo no suscribió contrato de trabajo y tampoco hubo acto administrativo de nombramiento ni de posesión. Lo anterior, conforme se expuso en el fundamento jurídico de la presente contestación.

LA DEMANDANTE ES PARCIALMENTE COAUTORA.

Al señor Magistrado quiero resaltar un aspecto que a mi juicio es relevante: la actora estuvo en absoluto silencio durante la relación contractual, y durante todo este tiempo, nunca se mostró inconforme, al menos no hay evidencia de ello, su conducta novadora y no recriminadora, hacía pensar que se encontraba conforme, y en tal sentido la Administración, en este caso la Empresa Social del Estado, ni siquiera sospecharía que en el futuro sería objeto de censura judicial, como está ocurriendo hoy.

De parte de la demandante hay cuando menos un silencio que se traduce en una coparticipación en los hechos que hoy el actor reclama a la Subred Centro Oriente E.S.E., como si él no los conociera, o los estuviera conociendo solamente ahora, con la demanda interpuesta.

La verdad es otra: la parte actora guardó silencio mientras le convino pudo, pero, al ver que hoy desde su óptica de retirado el contrato de prestación de servicios no se prorrogaría más, decide demandar cuando el mismo dio lugar a que las órdenes de prestación de servicios que tanto se reprochan hoy, se renovaran y que éstas fueran en cierto modo pedidas por el propio contratista, haciendo de ese modo que aparezca como si se tratara de un solo vínculo, de donde hace derivar el actora las acreencias que en su sentir le adeuda la Subred Centro Oriente.

LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS ENTRE LAS PARTES.

En la presente demanda y al momento de contestarla, el suscrito apoderado corresponde hacer referencia obligada a los contratos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que suscribiera la actora con la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., entidad accionada judicialmente por las presuntas acreencias laborales que se habrían generado en el curso del tiempo que estuvo la actora como contratista de prestación de servicios en el mencionado hospital.

La contratación prevista en el Artículo 32 ya mencionado, está legalmente permitida, ella no es ajena a la administración pública, tampoco puede predicarse que en la única parte donde se efectuaba era en la Subred Centro Oriente E.S.E. Al contrario, está bastante más extendida de lo que se cree, pues, los cometidos estatales pueden en el caso del sector salud verse un poco comprometidos si se espera su cabal cumplimiento únicamente con la intervención de los funcionarios de planta, que en innúmeras oportunidades no alcanza tal personal para el integral cubrimiento de las acciones que se realizan, entre otros, en los Hospitales Públicos.

Que, aun cuando la apoderada de la demandante tambien cuestiona los contratos suscritos entre las partes, esto es, aquellos que se suscribieron con fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esta situación tambien resulta ser improcedente por cuanto, las manifestaciones no tienen la vocación de desvirutar su legalidad y más cuando por parte de la entidad, fueron ejecutados conforme a las obligaciones allí contridas, llama la atención su Señoría como solicita la nulidad de los contratos pero nada se dice sobre las obligaciones que la entidad cumplió a cabalidad.

Esta situación requiere mucha antención por cuanto, el artículo 122 y siguientes de la Constitución Política prevé la regla conforme a la cual los empleos en el Estado son de carrera y excepcionalmente pueden tener otra denominación, ubicación y naturaleza vincular, pero, la suscripción de varios contratos de prestación de servicios no convierte al particular que presta una actividad específica, por virtud de un contrato de prestación de servicios, automáticamente en agente estatal, ya que para ingresar al servicio del Estado se requiere que:

1. El particular participe de un concurso de méritos, lo apruebe e ingrese por razón del concurso a ocupar el cargo para el cual participó,
2. Que sin concurso el interesado sea vinculado en un cargo de carrera de forma provisional.
3. Que el vínculo provenga de un contrato de trabajo como el que firman los trabajadores oficiales y
4. Que la persona que ocupe un cargo de planta tenga la calidad de servidor público de libre nombramiento y remoción.

Ninguno de estos presupuestos se cumple en la relación contractual con la actora, lo cual significa que en los demás casos, se pueden prestar servicios al Estado, pero bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, cuya finalidad era y es colmar las exigencias del quehacer estatal que en no pocas oportunidades se ve en aprietos por falta de personal idóneo que se consigue precisamente a través de la figura de las órdenes de prestación de servicios.

PRESCRIPCIÓN.

Sin que represente reconocimiento alguno, se propone también como excepción de fondo la prescripción, considerando que *"Tanto la doctrina como la Jurisprudencia han indicado que la "prescripción es tener por extinguido un derecho que por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho."*. En este sentido, esta excepción en el presente caso está llamada a prosperar en contra de las pretensiones de la demanda, toda vez que al momento de la reclamación administrativa por parte de la demandante, había transcurrido frente a alguno de los contratos de prestación de servicios celebrados más de tres (3) años a partir del fenecimiento del plazo de duración de estos.

INNOMINADA

Ruego respetado Magistrado que en caso de llegarse a probar cualquier otra excepción durante el desarrollo del proceso, aplique lo previsto en el artículo 282 del C.G.P.. esto, en la medida que muchas de ellas puedan resultar del debate probatorio sin que fuere posible contemplarlas en la presente oportunidad procesal.

PRUEBAS

1. INTERROGATORIO DE PARTE

Sírvase respetado Magistrado, señalas fecha y hora para que la demandante, Sra. OLGA MARINA PINEDA absuelva interrogatorio de parte que formularé al momento de la audiencia, esto, con el fin de que declare sobre los hechos objeto de litigio.

2. DOCUMENTALES

a. Copia del expediente administrativo de la contratista OLGA MARINA PINEDA.
b. Copia de los respectivos contratos de prestación de servicios suscritos entre el Hospital La Victoria ahora, la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.
c. Copia de las respectivas actas de liquidación por año de cada uno de los contratos suscritos con la demandante.
d. Copia de la hoja de vida de la demandante.
e. Certificación No. 366 expedida por Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. por medio de la cual se relacionan los contratos de prestación de servicios suscritos con la demandante.

3. OFICIOS.

Solicito Señor Magistrado se oficie al respectivo fondo de pensiones de la demandante para que allegue con destino a este proceso el siguiente documento:

1. Certificación de afiliación y pago de las cotizaciones a salud y pensión de la señora OLGA MARINA PINEDA con el fin de establecer los periodos cotizados como dependiente o independiente.

ANEXOS

1. Los relacionados en las PRUEBAS.
2. Poder debidamente conferido por la Gerente de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.
3. Copia del Decreto de nombramiento y Acta de Posesión del Gerente y Representante Legal de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Diagonal 34 No. 5 – 43, al número celular 3112915424 o a los correos electrónicos notificacionesjudiciales@subredcentrooriente.gov.co o profesionaljuridico1@subredcentrooriente.gov.co

Con profundo respeto me suscribo.

Atentamente,

JULIAN LIBARDO CARRILLO ACUÑA
C.C. No. 1.010´171.454 de Bogotá D.C.
T.P. No. 227.219 del C. S. de la J.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01056

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

378

BOGOTÁ | SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de 2020

Honorable Magistrado
LUÍS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección B
Ciudad

REF:

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	No. 25000234200020190105600
Demandante:	Iván Marenco Cure
Demandados:	Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.
Asunto:	Contestación de demanda

Erasmo Carlos Arrieta Álvarez, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.047.382.629 de Cartagena D.T. y C., abogado en ejercicio con tarjeta profesional No. 191.096 del C.S. de la J., por medio del presente documento y actuando como apoderado de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. conforme a poder otorgado y que adjunto, acudo ante usted dentro del término conferido para presentar CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA en los siguientes términos:

II. SOBRE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: Solicito se niegue la pretensión declarativa referida.

El acto administrativo acusado, oficio No. OJU-E-0880-2019 de fecha 28 de febrero de 2019, mediante el cual se niega la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales solicitados a favor del demandante, goza de presunción de legalidad y ninguno de los argumentos expuestos logra desvirtuarla.

SEGUNDA: Solicito se niegue la pretensión declarativa relacionada con la existencia de un contrato laboral, por cuanto la vinculación que tuvo el demandante con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, se refirió a contratos de prestación de servicios suscritos por sus especialísimos conocimientos en materia de ginecología y obstetricia.

TERCERA: Solicito se niegue la pretensión declarativa relacionada con la existencia de un contrato laboral, por cuanto la vinculación que tuvo el demandante con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, se refirió a contratos de prestación de servicios suscritos por sus especialísimos conocimientos en materia de ginecología y obstetricia.

CUARTA: Solicito se nieguen estas pretensiones, por estar sujetas a la decisión sobre la legalidad del acto administrativo. Entre el señor Iván Marenco Cure y el HOSPITAL TUNJUELITO E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., nunca existió

un vínculo laboral, por cuanto entre las partes sólo existió una relación contractual regida por las normas del derecho privado, conforme al artículo 195 numeral 6° de la Ley 100 de 1993.

QUINTA: Solicito se niegue esta pretensión, por cuanto la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. no ha causado ningún tipo de perjuicio inmaterial que deba ser indemnizado.

SEXTA: Solicito se niegue esta pretensión, por estar sujeta a la prosperidad de la declaratoria de nulidad.

SÉPTIMA: Solicito se niegue esta pretensión, por estar sujeta a la prosperidad de la declaratoria de nulidad.

II. SOBRE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA SUBSIDIARIA: Solicito se niegue esta pretensión, por estar sujeta a la prosperidad de la declaratoria de nulidad.

SEGUNDA SUBSIDIARIA: Solicito se niegue esta pretensión, por estar sujeta a la prosperidad de la declaratoria de nulidad

TERCERA SUBSIDIARIA: Solicito se niegue esta pretensión, por estar sujeta a la prosperidad de la declaratoria de nulidad.

CUARTA SUBSIDIARIA: Solicito se niegue esta pretensión, por estar sujeta a la prosperidad de la declaratoria de nulidad.

III. SOBRE LOS HECHOS

Sobre el hecho No. 1.: No es cierto. Entre el señor Iván Marenco Cure y el Hospital Tunjuelito E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., nunca existió un vínculo laboral, por cuanto entre las partes sólo existió una relación contractual regida por las normas del derecho privado, conforme lo dispone el artículo 195 numeral 6° de la Ley 100 de 1993.

Sobre el hecho No. 2.: No es cierto. El señor Iván Marenco Cure suscribió un contrato de prestación de servicios el día 14 de julio de 2014.

Sobre el hecho No. 3.: No es cierto. La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. decidió no suscribir un nuevo contrato con el demandante, por considerar que sus especiales servicios no eran requeridos nuevamente.

Sobre el hecho No. 4.: Es cierto.

Sobre el hecho No. 5.: No es cierto. Los contratos de prestación de servicios suscritos con el señor Marenco Cure fueron producto de sus conocimientos especializados en ginecología y obstetricia.

Sobre el hecho No. 6.: Es cierto, El señor Marenco Cure fue contratado para que prestara sus servicios de manera autónoma a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Sobre el hecho No. 7.: Los servicios prestados correspondían a sus conocimientos especializados en ginecología y obstetricia.

Sobre el hecho No. 8.: Es cierto.

Sobre el hecho No. 9.: No es cierto. Lo descrito en el hecho corresponde a las obligaciones contractuales que autónoma y voluntariamente aceptó el aquí demandante.

Sobre el hecho No. 10.: No es cierto. El demandante, en coordinación con su supervisor, concertaban el horario de prestación de sus servicios, de manera que pudiera prestar sus servicios en otros hospitales.

Sobre el hecho No. 11.: No es cierto. El demandante, en coordinación con su supervisor, concertaban el horario de prestación de sus servicios, de manera que pudiera prestar sus servicios en otros hospitales.

Sobre el hecho No. 12.: No es cierto. El demandante contaba con plena autonomía y libertad para coordinar con su supervisor la prestación de sus servicios. Resulta obvio y natural que, luego de que se realizara la concertación de la hora y fecha de prestación de sus servicios especializados, se le conminara a su cumplimiento con el fin de evitar consecuencias adversas para la salud de los pacientes.

Sobre el hecho No. 13.: No es cierto. El demandante, en coordinación con su supervisor, concertaban el horario de prestación de sus servicios, de manera que pudiera prestar sus servicios en otros hospitales.

Sobre el hecho No. 14.: No es cierto. Sin embargo, si el actor pretende plantear la discusión sobre la falta de su consentimiento en la suscripción de los contratos de prestación de servicios, se debe hacer la claridad que se ha escogido el medio de control equivocado.

Sobre el hecho No. 15.: Es cierto. De acuerdo con la normatividad vigente, todos los contratistas independientes que presten sus servicios a entidades públicas, deberán hacer constar su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Sobre el hecho No. 16.: No es cierto. La suscripción de contrato de prestación de servicios con el actor se dio con base en sus conocimientos especializados en ginecología y obstetricia.

Sobre el hecho No. 17.: No es cierto. Los servicios prestados por el colaborador demandante se refiere a servicios que son prestados de forma coordinada por el supervisor. De hecho, esa coordinación es la que permite que el actor pueda prestar sus servicios en varios hospitales al tiempo.

Sobre el hecho No. 18.: Es cierto. El contrato suscrito entre el demandante y la Subred Integrada de Salud Sur E.S.E. no lo contempló y no debía contemplarlo.

Sobre el hecho No. 19.: A la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E no le consta esta afirmación, por lo que se atiene a lo debidamente probado dentro del proceso de la referencia.

Sobre el hecho No. 20.: A la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E no le consta esta afirmación, por lo que se atiene a lo debidamente probado dentro del proceso de la referencia.

Sobre el hecho No. 21.: Es cierto. El contrato suscrito entre el demandante y la Subred Integrada de Salud Sur E.S.E. no lo contempló y no debía contemplarlo.

Sobre el hecho No. 22.: No es cierto. Los honorarios pactados con el aquí demandante fueron los que constan específicamente en las órdenes de prestación de servicios.

Sobre el hecho No. 23.: Es cierto.

Sobre el hecho No. 24.: Es cierto.

Sobre el hecho No. 25.: Es cierto.

Sobre el hecho No. 26.: Es cierto.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO - EXCEPCIONES

Vale recordar que la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 641 de 2016 expedido por el Concejo de Bogotá, es una entidad pública descentralizada con categoría especial, del orden Distrital, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá. En desarrollo de su misión institucional la SUBRED SUR contribuye con el fortalecimiento de la calidad de vida de los usuarios y al impacto favorable en el entorno social y ambiental de las respectivas Localidades.

Atendiendo a su naturaleza, las personas naturales o jurídicas vinculadas a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. mediante un contrato de prestación de servicios, realizan las actividades con autonomía técnica, administrativa y financiera y sin subordinación; no se les imparten órdenes, simplemente se supervisa y controla el resultado de acuerdo con las obligaciones específicas que se plasmaron en el contrato

suscrito por el contratista y frente a los objetivos de la entidad, y no el cómo se realiza; existe autonomía para fijar las condiciones del cumplimiento del servicio y tienen derecho al pago de los honorarios expresa y previamente convenidos en los respectivos contratos.

Los contratos de prestación de servicios adosados con la demanda son de aquellos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993, le están permitidos celebrar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., evidencia que se encuentra en el cuerpo de los mismos, al pactarse de forma expresa su objeto, obligaciones generales y específicas, actividades, plazo y condiciones de pago.

En este sentido el numeral 6 el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 expresa:

> ***"ARTICULO. 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 podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública."*

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, establece que las Entidades Estatales que por disposición legal cuenten con régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal.

Es del caso mencionar que el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 27 de agosto de 1998, radicación N° 1.127 Magistrado Ponente: Javier Henao Hidrón, ha señalado que en materia contractual las Empresas Sociales del Estado-ESE, se regirán por el derecho privado, pero tienen la facultad de utilizar discrecionalmente las clausulas exorbitantes (hoy clausulas excepcionales), previstas en el estatuto general de la contratación pública, aparte que cito a continuación:

> *"(...)*
> *1.1 Aplicación de las reglas de derecho privado en materia de contratación. Discrecionalidad para incluir cláusulas excepcionales. Al disponer el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, la ley 100 de 1993 señaló en el numeral 6 de su artículo 195 que, en materia contractual, se regirán "por el derecho privado", pero con la facultad para utilizar discrecionalmente "las cláusulas exorbitantes" previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.*
>
> *(...)*
>
> *El estatuto general de contratación de la administración pública, expedido mediante la ley 80 de 1993, dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (artículo 1º.); para este efecto, hace una enumeración de las que denomina*

entidades estatales, *entre las cuales se encuentran, además de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios, las entidades descentralizadas, los organismos y dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos, "las demás personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles" (artículo 2º.).*

(...)

Para las ESE, por tanto, la legislación aplicable será la civil o comercial, según la esencia y naturaleza del contrato.

Con todo, esa regla general no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa. *En primer lugar, porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la ley 100, las cláusulas excepcionales, siempre que las ESE resuelvan incluirlas en el texto del respectivo contrato.* ***Y en segundo lugar porque, al no existir para ellas una legislación paralela, de carácter específico, cuando celebran determinados contratos estatales que regula la ley 80, a esta regulación deberán atenerse. Estos contratos son precisamente los que define su artículo 32, y que ya han sido mencionados,*** *o sea el de obra, el de consultoría,* ***el de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad,*** *el de concesión, el encargo fiduciario y la fiducia pública, en cuya celebración el deber de selección objetiva lleva consigo la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva."* (Resaltado y entrelineado nuestro).

Las anteriores razones, son suficientes para que nos opongamos a que se declare la existencia de un contrato laboral ficto o presunto, por cuanto la demandante suscribió sendos contratos de prestaciones de servicios, sin continuidad entre algunos de ellos, en los cuales repito, se han pactado de forma expresa su objeto, obligaciones, actividades, plazo, condiciones de pago y demás aspectos de orden contractual.

Obsérvese que el legislador autoriza la celebración de este tipo de contratos cuando determinada actividad, relacionada con la administración o funcionamiento de la entidad, no pueda realizarse con personal de planta y esa es la situación que se ha presentado en el presente caso, tal y como se dejó expreso en las CONSIDERACIONES de los contratos celebrado, para el caso de los auxiliares de servicios generales, informadora y orientadora al indicar que *"El hospital requiere el apoyo del recurso humano para el desarrollo de actividades administrativas, teniendo en cuenta que en la planta de personal no existe el personal suficiente para atender las actividades descritas en la Cláusula Segunda del presente contrato."*

La Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de marzo 19 de 1997, M.P., Hernán Herrera Vergara al declarar la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que en nuestro sentir es aplicable a lo dispuesto por el artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993, en lo que no le sea contrario, cuando precisó:

"En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...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". [1]

Conforme al pronunciamiento jurisprudencial, antes transcrito, resulta que los contratos celebrados por la SUBSRED SUR, con la demandante, lo han sido para una obligación de hacer, con base en su experiencia; entonces, la persona natural así contratada, tiene autonomía e independencia en el desarrollo de su labor, sin que ello implique que no exista una coordinación entre las partes, y una supervisión para lograr el objetivo buscado.

1. EXCEPCIÓN MIXTA – INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL

Sobre la excepción de indebida escogencia del medio de control, el Consejo de Estado en auto de 2 de marzo de 2020, radicado 25000233600020160066601 (60036), Actor: Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., Demandado: Superintendencia Nacional de Salud y Otros, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, explicó:

"*13.- La <<indebida escogencia de la acción>> puede configurar la excepción de inepta demanda por falta de los requisitos formales, establecida en el numeral 1° del artículo 100 del CGP, en la medida en que cada uno de los medios de control previstos en los artículos 135 a 147 del CPACA están instituidos para dirimir un tipo de controversia específica, por lo cual los requisitos de una y otra demanda son distintos.*

14.- La declaratoria de esta excepción no tiene como efecto, en principio, la terminación del proceso en atención a lo establecido por el numeral 2 del artículo 101 del CGP, según el cual, el juez solo declarará terminada la actuación cuando prospere una excepción <<que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente>>.

15.- En el caso de la inepta demanda por falta del cumplimiento de los requisitos formales derivada de la indebida escogencia del medio de control, el juez deberá ordenar al demandante adecuar el libelo introductorio al medio de control que corresponda. Por ejemplo, si se trata de un juicio de legalidad contra actos administrativos pero el demandante no ha cumplido con la carga de formular el concepto de violación porque formuló equivocadamente una demanda con pretensiones de reparación directa, el juez deberá

[1] Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-960 de 2007, C-282 de 2007, C-386 de 2000, C-397 de 2006, C-154 de 1997, 0-236 de 1997, T-214 de 2005, 0-124 de 2004, T-1109 de 2005

conceder un término para que precise las normas violadas y el concepto de violación, que es un requisito propio de las demandas contentivas de pretensiones de nulidad.

16.- Ahora bien, como consecuencia de la verificación del medio de control adecuado, el juez puede llegar al convencimiento de que la demanda fue presentada por fuera de las oportunidades establecidas por el artículo 164 del CPACA, caso en el cual debe declararse la excepción de caducidad." (Negrillas por fuera del texto original)

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que de acuerdo con el texto de los hechos de la demanda y de los fundamentos de derecho, el demandante pretende alegar o discutir la legalidad de un acto administrativo, que versa única y exclusivamente sobre su vinculación con la entidad a través de un contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, cualquier discusión que se presente con base en esta vinculación contractual, de acuerdo con lo estrictamente establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y la jurisprudencia transcrita, el medio de control debe ser adecuado al de controversias contractuales. Dice el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

> ***Artículo 141.****Controversias contractuales.* ***Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad****, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*
>
> *Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.*
>
> *El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.*"

Esta norma es clara en determinar que el medio de controversias contractuales es el medio idóneo para presentar discusiones en torno a la relación contractual suscrita entre la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y el señor Iván Marenco Cure.

Aunado a lo anterior, se tiene que de manera específica en el texto de la demanda, el aquí demandante afirma que no prestó su consentimiento para suscribir las órdenes de prestación de servicios con la Subred Integrada de Servicios de Salud E.S.E., cuestión que única y exclusivamente puede ser tramitada a través del ejercicio del medio de control de controversias contractuales. Dice el hecho No. 14:

"*14. Las ordenes* [sic] *de prestación de servicios suscritos por el actor tenían las siguientes características:*

a. Eran elaboradas por la demandada en forma unilateral;
b. A aquel no le era permitido hacer ninguna clase de sugerencia sobre su contenido."

Para la Subred esta es una afirmación temeraria que solo puede ser estudiada por la jurisdicción de lo contencioso administrativa a través del ejercicio del medio de control de controversias contractuales.

Ahora bien, y tal como lo explica el Honorable Consejo de Estado, si bien esta excepción no termina el proceso judicial, sí obliga al operador judicial a realizar el conteo de la caducidad del medio de control adecuado; por ello, al momento de adecuar al medio de control de controversias contractuales. Dice el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

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

(...)

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

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

k) Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida;

l) Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código." (Negrillas por fuera del texto original)

En conclusión, el Honorable Magistrado debe revisar si el medio de control adecuado cumple con su presentación dentro del término de caducidad de la acción; hecho que, de acuerdo con los documentos aportados dentro del expediente, demuestran la ocurrencia del fenómeno de caducidad en relación con varios de los contratos suscritos.

2. EXCEPCIÓN DE FONDO - INEXISTENCIA DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA DE LA DEMANDANTE

En cuanto a la subordinación y/o dependencia, como requisito fundamental para que se declare la existencia de una relación laboral, el H. Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

"En decisión de Sala Plena de esta Corporación, adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, se indicó que el trabajo desempeñado por determinados contratistas no se podría considerar como generador de una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, no de subordinación:

"Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.".

"El presente caso es similar a los supuestos fácticos del decidido en Sala Plena, por lo que, siguiendo el precedente judicial, se aplicará la misma tesis que niega la existencia de relación de trabajo.

"Ahora bien, en el caso resuelto en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, anteriormente mencionado, se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico. A continuación, y teniendo en cuenta que el presente cuenta con las mismas características, se harán las siguientes precisiones:

"Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, ***lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.***

"Es decir, que, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales."(Negrillas y Subrayas fuera del texto).

Se destaca que la sentencia a la que me he referido anteriormente, cita la sentencia de Sala Plena de 18 de noviembre de 2003, que es una **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**, según lo dispuesto en el artículo 270 del CPACA, pues la misma fue proferida por la **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** por importancia jurídica y la misma constituye precedente jurisprudencial según lo dispuesto en la Sentencia C-634 de 2011.

Conforme a la **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**, transcrita en precedencia, tenemos que las relaciones de coordinación entre el contratante SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E y la contratista, no implican la existencia del elemento subordinación, propio de las relaciones laborales, pues lo que se busca con la coordinación, es garantizar la efectiva prestación de los servicios contratados, y en muchas ocasiones como en el presente caso, se requiere que el servicio sea prestado en determinado horario, y en las instalaciones del HOSPITAL; el hecho de que el contratista deba rendir una serie de informes para verificar el cumplimiento de las actividades a su cargo, de ninguna manera puede entenderse como una subordinación o dependencia, pues de darle dicho alcance, tendría como consecuencia la desnaturalización de cualquier contrato de prestación de servicios, ello según la tesis expuesta por el apoderado del actor.

Ahora bien, en el caso en concreto, la parte demandante aduce que la labor prestada en virtud de los contratos de prestación de servicios no fue autónoma y por el contrario fue subordinada entre otras porque: i) desarrolló funciones propias de un funcionario de planta; ii) lo hizo con la dotación, elementos y sitio de trabajo proporcionado por la SUBRED

INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E; iii) estuvo sometido al horario laboral; iv) Presentó los informes solicitados.

Frente a tales argumentos con los cuales el demandante pretende acreditar la existencia de una presunta subordinación, vale la pena reiterar que el hecho de que el contratista hubiese prestado sus servicios en horarios laborales de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E y siguiendo los parámetros dispuestos en el contrato, no implica como lo ha reiterado la jurisprudencia, que exista una subordinación como elemento estructural de una relación laboral.

Esta posición ha sido reiterada por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "D" y "C" en los Expedientes radicados No. 2008-01040-01 y No. 2008-00085 en los cuales se afirmó lo siguiente:

> *"[...] En estos casos, en que **el horario constituye un elemento necesario para el cumplimiento de la finalidad propuesta con la ejecución del objeto contractual, pues dicha actividad no se puede desarrollar de manera desorganizada, inconsulta o aislada dentro de una institución** de salud, o en horarios diferentes a los que establezca la entidad, ello en razón a la necesidad de racionalizar el recurso humano respecto de los servicios asistenciales que se demanden. En tal sentido, entiende la sala, que **para nada infiere en la autonomía del contratista, el establecimiento de turnos u horarios**, pues, tratándose de personas que cumplen labores como profesionales de la salud en una institución hospitalaria, ello apenas resulta natural o inminente al desarrollo del objeto contractual."* (Resaltado fuera del texto).

Reitero que este tema ya fue definido en **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN** del Consejo de Estado citada en precedencia:

> *"Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el **cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados**, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación."* (Resaltado fuera del texto).

En el mismo orden, tampoco puede pretenderse que el hecho de ejecutar las obligaciones contractuales **en las instalaciones de la** SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, se convierta en un argumento válido para predicar la existencia de una relación laboral.

El apoderado del contratista, omite o parece ignorar las cláusulas contenidas en los contratos celebrados que tiene que ver con la **"SUPERVISIÓN"** que suponen por parte de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, de una vigilancia para el control del cumplimiento del contrato, cuyas funciones se encuentran manifiestamente claras, así como también las "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA", pues pretender

ser una rueda suelta, resulta absurdo a la luz de las responsabilidad que tiene en temas como el contratado.

Resulta claro que La SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E –, no puede simplemente dejar hacer lo que los contratistas quieran y suponer que ello puede ser así, lo que estaría en contravención a la función social de la institución y sus intereses tanto misionales como financieros, pues se trata de unos acuerdos celebrados entre las partes para el cumplimiento del contrato, y lo que en él se acordó. La labor de la contratista, merece necesariamente una articulación con el Hospital, no puede algo menos que establecer un canal de comunicación claro, expreso y ajustado a requerimientos, pues repito, no sería acorde permitirle a cada auxiliar de la administración que hiciera lo que a bien tenga, por el prurito de garantizar una "*independencia*", la cual debe analizarse de forma diferente teniendo en cuenta la actividad que este cumple conforme a lo contratado, que tiene que ver con el apoyo a la gestión de los hospitales para el desarrollo de actividades administrativas, teniendo en cuenta que en la planta de personal no existe el personal suficiente para atender las mismas.

Respecto de los elementos constitutivos del contrato de prestación de servicios y del elemento diferencial con el contrato de trabajo, resulta relevante hacer mención a la jurisprudencia del Consejo de Estado e incluso a la de la misma Corte Constitucional, que en forma reiterada han resaltado, que ese elemento de distinción, radica en la subordinación, siempre y cuando no se trate de la simple coordinación que debe existir entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada.

En Sentencia Expediente No. 2204-11 nuevamente hizo énfasis en que las relaciones de coordinación entre contratante y contratista no implica la existencia del elemento subordinación. Se dijo en esta oportunidad:

> *"Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados,* ***no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.***" (Resaltado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que **no existe pues subordinación** en la relación contractual por contrato de prestación de servicios, entre las partes contratantes en el presente proceso.

Finalmente, resalto para concluir que en cuanto a la subordinación y o dependencia, como requisito fundamental para que se declare la existencia de una relación laboral, el H. Consejo de Estado, en **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA,** proferida por la Sala Plena Rad IJ-0039 Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora:

María Zulay Ramírez Orozco,[2] se indicó que el trabajo desempeñado por determinados contratistas no se podría considerar como generador de una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, no de subordinación:

> *"Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."* (Subrayas fuera del texto).

3. EXCEPCIÓN DE FONDO - CONFIGURACION DE UNA FICCIÓN "*CONTRA LEGEM*"

Otro de los elementos a través de los cuales encontramos que las demandas y las diversas decisiones de la justicia, al hallar configurada la relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, descansa en el hecho de *"forzar"* la ley, escindirla de manera acomodaticia para lograr cometidos estrictamente económicos alejados de la juridicidad que deben rodear las demandas y las decisiones, como pasa a verse.

La declaratoria de un contrato realidad y aquí es importante destacar, no implica que la persona del demandante obtenga *per se*, y como consecuencia directa de ello, la condición de trabajador oficial o de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter contractual laboral o legal y reglamentaria

Consciente de ello, la demandante en apoyo de alguna jurisprudencia, que se ha ocupado de "*acomodar*" esta situación ligada únicamente al aserto de la **subordinación**, ha querido dejar de lado el cumplimiento de precisas obligaciones contractuales como consecuencia natural de haber acudido, en desarrollo del principio de AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD a celebrar un contrato específico.

En efecto, la jurisprudencia inicialmente concedió el REINTEGRO como efecto de la declaratoria del contrato realidad; luego en posteriores decisiones, entendió que resultaba imposible legalmente conceder el reintegro a título de restablecimiento del derecho como

---

[2] Esta sentencia es una sentencia de Unificación jurisprudencial en los términos del artículo 270 del CPACA, pues fue una sentencia proferida por la Sala Plena por importancia jurídica y además de ser una sentencia de unificación jurisprudencial por lo mismo constituye precedente jurisprudencial.

resultaría natural, si de desenmascarar un contrato realidad se tratara. Posteriormente se pronuncia acerca de la INDEMNIZACIÓN MORATORIA para luego dejar de reconocerla y así fue llegando al momento actual en el que solamente se reduce el *thema decidendum* a ir por un "botín", porque no se le puede tener como trabajador oficial o como empleado público, no se le puede otorgar el reintegro ni mucho menos salarios dejados de percibir, pero sí a recibir unas prestaciones derivadas de una relación (contractual), que no se puede declarar sin transgredir la ley, que soporta la existencia de las mismas.

Ello convierte a casos como el que nos ocupa, en un intento de obtener prestaciones inmerecidas, pues de manera alguna puede decirse que la demandante cumpliera con alguno, de los requisitos establecidos las normas especiales sobre la vinculación de personal a las entidades del estado y, por el contrario, teniendo en cuenta las disposiciones contractuales y el acuerdo de voluntad entre la demandante y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., hacen presumir que su calidad de contratista no puede ni debe alterarse so pena de incurrir en un claro ejemplo de una aplicación de ficción "*contra legem*".

4. EXCEPCIÓN DE FONDO - INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, LEGAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES

No existe en el presente caso un vínculo laboral, legal o reglamentario entre el señor Iván Marenco Cure, y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR, toda vez que no se demuestra o acredita por parte de la accionante la suscripción de un contrato de trabajo, una resolución de nombramiento, acta de posesión que le otorgue estatus de trabajador oficial o empleado público. Además, de no existir estas pruebas documentales, tampoco existen los presupuestos fácticos en favor de la demandante que le permitan acceder al reconocimiento de tal estatus, por lo que, en consecuencia, y de acuerdo con las consideraciones jurídicas establecidas en las razones de la defensa, no es posible constitucional y legalmente que la demandada satisfaga las pretensiones de la demanda.

5. EXCEPCIÓN DE FONDO - INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tal y como se ha planteado legal y jurisprudencialmente, no es posible acceder a lo pretendido por la demandante, en el entendido que en el presente caso no se encuentran presentes la totalidad de los elementos constitutivos del contrato de trabajo. En otras palabras, se encuentra ausente el elemento SUBORDINACIÓN, pues se pretende establecer equivocadamente que los informes presentados (pactados contractualmente), el presunto cumplimiento de horarios, el desarrollo del objeto contractual en las instalaciones del o los hospitales de la SUBRED SUR, y el suministro de elementos para el cometido de sus obligaciones contractuales, son elementos de la coordinación y supervisión necesarios para el desarrollo y cumplimiento del contrato celebrado entre las partes.

La falta de este requisito, así como las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, serán demostradas a través del desarrollo de las etapas procesales.

6. EXCEPCIÓN DE FONDO - COBRO DE LO NO DEBIDO

Al no existir un contrato laboral celebrado entre las partes, sino un contrato de prestación de servicios autorizado por la ley, es palpable que no le asiste al ICBF el deber legal de reconocer acreencias prestacionales o aportes a la seguridad social, en el entendido que los honorarios pactados le fueron cancelados en su totalidad a la demandante.

7. EXCEPCIÓN MIXTA - PRESCRIPCIÓN

En caso de no ser atendidas las razones expuestas dentro del presente proceso, deberá tenerse en cuenta que según las normas que gobiernan la materia, a saber, artículo 41 del decreto 3135 de 1968 y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 que reglamenta el primero, que prevén la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, disponen:

> ART. 41 *"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto, prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe a prescripción pero solo por un lapso igual."*
>
> *ART: 102. "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto (1848 de 1969), prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible."*
>
> *"El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual."*

En providencia del H. Consejo de Estado, se precisó el alcance de la prescripción de derechos laborales en materia de reconocimiento de prestaciones derivadas del contrato realidad.

Al respecto dijo lo siguiente:

> *"En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.*

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración."(Negrillas y subrayas fuera del texto)[3]

De igual manera, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección "A" en relación con la prescripción señaló lo siguiente:

"Así entonces, de un lado se analiza la prescripción trienal que ocurre entre la finalización de la relación contractual y la respectiva reclamación de existencia de la relación laboral, y de otro lado, la que ocurre una vez se profiere la sentencia constitutiva de derechos derivados del contrato realidad.

En ese orden de ideas, el término para contar la prescripción trienal, en cuanto a la reclamación del derecho tendiente al reconocimiento de la indemnización a título de reparación del daño, empieza a correr a partir del día siguiente a la terminación del plazo fijado en la orden de prestación de servicios, so pena, de que opere dicho fenómeno.

En el presente caso, la demandante elevó la reclamación administrativa el 6 de agosto de 2013, y se encuentra que en la mayoría de las vinculaciones hubo interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Art. 10 Dcto. 1045 de 1978), es decir, con solución de continuidad, por lo que tales tiempos no se pueden tornar en su integridad sino cada uno en forma independiente, razón por la cual se declarará la prescripción del derecho a que se declare la existencia de la relación laboral respecto al pago de las prestaciones sociales en cuanto a las vinculaciones contractuales que culminaron antes del 6 de agosto de 2010, por lo que para el presente caso hay lugar a declarar la existencia de la relación laboral para los siguientes contratos de prestación de servicios (Adición al contrato 00307 del 12 de noviembre de 2010, 00280 de 14 de febrero de 2011, 000723 del 12 de julio de 2011, 00325 del 31 de enero de 2012 y 001149 del 9 de julio de 2012 y su adición), puesto que culminaron con posterioridad a la anterior fecha, y entre su culminación y la reclamación administrativa no transcurrieron más tres años."

---

[3] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN "A" CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO sentencia de nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014) Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13)

De conformidad con la tesis jurisprudencial, la solicitud de declaración de existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes a la finalización del vínculo contractual, y que **cuando existe solución de continuidad entre uno y otro vínculo contractual, la prescripción debe analizarse de forma independiente para cada contrato.**

En reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado reiteró que el término de prescripción del derecho a declarar la existencia de una relación laboral es de tres (3) años contados a partir de la finalización del ultimo vínculo contractual, y a su vez precisó que la excepción de prescripción extintiva en los casos de contrato realidad se debe resolver en la sentencia como excepción de mérito y no en la audiencia inicial como excepción previa. Al respecto señaló lo siguiente:

> *"Acorde con lo previsto por el numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, una de sus finalidades es resolver todas las situaciones que se constituyan en deficiencias formales que puedan inhibir un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, por lo que, en la audiencia inicial el funcionario judicial deberá decidir tan sólo las excepciones que tengan la calidad de previas, es decir, aquellas que se encaminen a atacar la forma del proceso, en procura de evitar decisiones inhibitorias; también podrá resolver, como lo anuncia la norma, las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, pero, en todo caso, encaminadas a atacar el ejercicio de la acción, mas no de la pretensión, pues frente a esta fueron previstas las excepciones de mérito cuyo objeto es controvertir la existencia misma y alcance del derecho reclamado por la parte demandante, por lo que tienen la virtud de enervar las pretensiones y provocar que el fallo correspondiente se constituya en cosa juzgada, dando término de manera definitiva al debate planteado.*
>
> *Es pertinente señalar que la prescripción extintiva surge cuando transcurre de forma ininterrumpida todo el período de tiempo que dicta la legislación, pues es fruto de la prolongada inactividad del reclamante o acreedor, por lo que, la idea central es que el acreedor puede evitar que prescriba su derecho antes de que el plazo se haya agotado, al realizar ciertos actos que interrumpen la prescripción y mantienen vigente el derecho de cobro y la acción que lo ampara. En conclusión, la prescripción se refiere a la extinción de los derechos cuando aquellos no son reclamados durante un periodo de tiempo señalado por la ley, que para el caso de las obligaciones laborales y de seguridad social es de 3 años.*
> *"(...)"*
>
> *Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral."*

Como se evidencia de los documentos aportados como pruebas y aquellos que reposan en el expediente administrativo, al haberse presentado el derecho de petición por parte del

aquí demandante el 18 de febrero de 2019, encontramos, que se interrumpió la prescripción de los presuntos derechos laborales reclamados del demandante que superen los tres años a que hacen referencia las normas transcritas, para lo cual se debe tener en cuenta cada contrato de forma independiente para efectos de verificar, como evidentemente se verifica, que ha operado el fenómeno prescriptivo de los contratos, en la forma pretendida por la demandante, lo anterior, sin que ello implique el reconocimiento de las pretensiones pretendidas.

8. EXCEPCIÓN GENÉRICA

Solicito de manera respetuosa al señor Juez, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso- CGP, en concordancia con el artículo 306 del C de P.C, y 187 de la ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA, se sirva reconocer las excepciones que se llegaren a encontrar probadas, aunque no hubieren sido alegadas expresamente.

PRUEBAS

Solicito se tengan y decreten como tales las siguientes:

PETICIÓN ESPECIAL

Respetuosamente solicito a su despacho se sirva otorgar un tiempo prudencial a la parte que represento con el fin de llegar a este proceso copia de la carpeta administrativa del demandante y se tenga como prueba para los fines pertinentes.

DOCUMENTALES A SOLICITAR:

1. Respetuosamente solicito al Despacho requerir a la demandante para que aporte las planillas de pago a salud y pensión donde conste el valor sobre el cual cotizó, correspondientes, en los años 2014, 2015, 2016, 2017 , 2018 y 2019 en que tuvo contratos de prestación de servicios con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E el ICBF, esto con el fin de verificar si además de cotizar como independiente, cotizaba también con otras empresas, o con otros empleadores o mediante otros contratos además de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, con lo cual desvirtuaría el tema de la subordinación, exclusividad y dependencia.

2. Se libre oficio a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E ICBF, con el fin de que se alleguen al plenario como pruebas, los informes de supervisión de los contratos celebrados con la demandante.

3. Se libre oficio a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E ICBF, donde se deponga si los señores HANSEL DE JESÚS GARI GARCÍA, EULER

BOGOTÁ | SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E

ANDRÉS PÉREZ ALMENAREZ, THIANYF RÍOS HORTÚA, DIANA ESMERALDA MORENO ABAUNZA, MARÍA KARIN BERNAL y FEDERICO ALBERTO MEDINA MELÉNDEZ, en su condición de testigos citados por la parte demandante, prestaron servicios a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E o a sus Hospitales en calidad de contratistas de prestación de servicios y en que periodos, lo anterior con el fin de establecer la confiabilidad de los testigos.

4. Se libre oficio a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de que certifique si los testigos previamente citados:

   a) Han presentado demandas en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.
   b) En caso afirmativo, se sirva informar y certificar las pretensiones, fundamentos de hecho, de derecho y apoderados.

   La prueba se requiere para evaluar la imparcialidad y transparencia del testigo.

INTERROGATORIO DE PARTE

Respetuosamente solicito a su Despacho se sirva decretar de conformidad con los artículos 198 y ss., del C.G.P., el interrogatorio de parte de la demandante Iván Marenco Cure, en la Carrera 3 No. 10A-02 Casa 30 Conjunto San Teo 2 de Chía, Cundinamarca, registrada en la demanda.

Esta prueba tiene como finalidad, indagar a la parte demandante sobre las circunstancias específicas de su contratación, sobre su consentimiento en la suscripción del mismo, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que prestaba el servicio requerido, entre otros asuntos que personalmente les será formulado.

PETICIONES

1. Solicito a usted Honorable Magistrado decretar la INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL.

2. Solicito se sirva negar las pretensiones de la demanda ante la INEXISTENCIA DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA DE LA DEMANDANTE.

3. Solicito al Honorable Magistrado negar las pretensiones de la demanda por pretender una FICCIÓN CONTRA LEGEM.

4. Solicito a su señoría negar las pretensiones de la demanda por configurarse la INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, LEGAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES.

5. Solicito al Honorable Magistrado negar las pretensiones de la demanda por encontrarse probada la excepción de INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.

6. Pido encarecidamente al Honorable Magistrado negar las pretensiones de la demanda por demostrarse la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO.

7. De manera subsidiaria, y en caso de considerar que debe accederse a las pretensiones, solicito se declare la ocurrencia del fenómeno de PRESCRIPCIÓN sobre varias de las vinculaciones contractuales del demandante.

NOTIFICACIONES

La Institución que represento y el suscrito las recibirá en la secretaría de su despacho, en la CARRERA 20 No. 47 B – 35 Sur de esta ciudad o en los correos electrónicos; notificaciones.judiciales@subredsur.gov.co; erasmoarrieta33@gmail.com y erasmoarrietaa@hotmail.com.

Cordialmente,

Erasmo Carlos Arrieta Álvarez
C.C. 1.047.382.629 de Cartagena, Bolívar
T.P. No. 191.096 del Consejo Superior de la Judicatura

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01112

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
POLICÍA NACIONAL
SECRETARÍA GENERAL

Honorable Magistrado
LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
Sección Segunda – Subsección "B"
E. S. D.

Proceso No.	**25000234200020190111200**
Demandante	**FABIO HUMBERTO CELY CELY**
Demandado	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**
Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Asunto	**CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

ALBERTO VALERO BEJARANO, identificado con la cédula de ciudadanía número 80110097 de Bogotá D.C. y Tarjeta Profesional de Abogado Número 169172 del Consejo Superior de la Judicatura, apoderado judicial de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, de acuerdo al poder que se adjunta, me permito presentar dentro de los términos contenidos por la Ley **CONTESTACIÓN DE DEMANDA,** dentro del proceso de la referencia, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

I. DEL PROBLEMA JURÍDICO

Los propuestos por la accionante y de relevancia que toma el despacho otros, en los cuales se argumenta:

" (...) 1. Planteamiento del problema jurídico.

Se contrae a determinar: i) si la negativa a practicar unas pruebas solicitadas por el disciplinado, vulneró los derechos de defensa, el debido proceso, y por ende los artículos 29 Superior y 128 de la Ley 734 de 2002. Ii). si se valoró equívocamente la prueba, y por ende se puede predicar una falsa motivación de los actos administrativos enjuiciados, y por ende, si se violó el principio de in dubio pro disciplinado, y en consecuencia se deben anular los actos administrativos enjuiciados y acoger las pretensiones de la demanda.. (...) "

II. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL SANEAMIENTO DEL PROCESP

Procede conforme lo establecido en la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", así:

" (...)

ARTÍCULO 180. AUDIENCIA INICIAL. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

...

5. Saneamiento. El juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias.

...

(...) "

Atendiendo citado mandato normativo y en razón a las inconformidades jurídicas que para ésta defensa de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, presenta la decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia al emitir fallo condenatorio contra de mi defendida, hago uso del recurso de apelación contra la sentencia y procedo a sustentarlo, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

III. RAZONES DE LA DEFENSA

Respetuosamente me permito manifestar que me **OPONGO** a todas las pretensiones del demandante por carecer de fundamento jurídico, legal y jurisprudencial para acreditar la existencia de la nulidad alegada, conforme a las razones que se consignan en la parte de los argumentos de defensa:

El demandante en su escrito de demanda señala el acto administrativo siendo este el S-2018-05132/ARPE-GRUPE-1.10, suscrito por la Señora Teniente YULY HASNEIDY PACHECO ZAPATA, acto administrativo que una vez consultado en el sistema de gestión documental de la Policía Nacional, NO EXISTE, por ende a la INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO, Indebidamente individualizado, por lo anterior solicito al honorable despacho la INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, en atención a los siguientes argumentos.

En atención a lo antes mencionado su señoría es importante destacar en garantía del saneamiento del proceso y frente a que en cualquier instancia del proceso se propongan y se adviertan al despacho situaciones que conlleven a una nulidad procesal, por lo anterior propongo **LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, POR INDEBIDA INDIVIDUALIZACIÓN Y/O INEXISTENCIA DE LOS ACTOS DEMANDADOS,** en razón a que en la demanda el apoderado solicita la nulidad del S-2018-05132/ARPE-GRUPE-1.10, proferido por la señora Teniente YULY HASNEIDY PACHECO ZAPATA, en calidad de jefe de Grupo de pensionados, por lo anterior su señoría el demandante no solicita la nulidad de actos administrativos concretos, por consiguiente y a la falta de individualización e inexistencia del acto demandado, como debieron ser la solicitud de nulidad del acto administrativo CONCRETO, siendo el que crea, modifica, extingue y niega una situación administrativa, como es NEGAR la reliquidación de la pensión de invalidez en proporciones solicitadas por el demandante de las cuales no tienen ningún sustento normativo, por lo anterior su señoría y en de que no se configuren nulidades que invaliden la continuidad del presente proceso se declare **LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, POR INDEBIDA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS ACTOS DEMANDADOS,** y a efectos de la declaración anterior se exonere de responsabilidad administrativa a la entidad que represento, más cuando el acto administrativo complejo y concreto es **S-2018-051232/ARPE-GRUPE-1.10, emitido por la señora Teniente YULY HASNEIDY PACHECO ZAPATA,** este nunca fue demandado y su legalidad no fue debatida en sede administrativa y por ende aún está vigente.

IV.II. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIUALES DE LA SOLICITUD DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA COMO LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, POR INDEBIDA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS ACTOS DEMANDADOS

La Ley 1437 de 2011 " Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 207, del cual en su tenor literal expresa lo siguiente:

El honorable TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA SEGUNDA DE ORALIDAD, actuando como MAGISTRADO PONENTE: GONZALO ZAMBRANO VELANDIA, en fallo del 25 de agosto de dos mil catorce 2014, dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL, actuando como demandante el señor ELI ANTONIO FABRA CONDE y como demandada el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD EN PROCESO DE SUPRESIÓN-DAS, dentro del radicado 05001333300420130016801, en providencia donde resuelve recurso de apelación, realizó un recuento de pronunciamientos emitidos por el Honorable Consejo de Estado, en las que determina como válida la proposición de la Ineptitud Sustantiva de la demanda, a consecuencia de lo anterior se enuncia lo siguiente:

Para Oficiales y Suboficiales con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico." (Negrillas subrayadas fuera de texto).

Razón por la cual y para el caso en particular el derecho pensional está liquidado de conformidad con la norma en cita, teniendo en cuenta los últimos haberes devengados computables para prestaciones sociales, los cuales fueron los siguientes: la totalidad del sueldo básico de un Mayor, el treinta 30% subsidio familiar, quince **15% prima actividad**, veintiocho 28% prima de actualización y 1 /12 prima actividad.

De igual manera y en atención a la hoja de servicios del señor MY (R) FABIO HUMBERTO CELY CELY, ingreso a la institución el 23 de mayo de 1983 y fue retirado por invalidez el 22 de noviembre de 1993, acumulando un tiempo de servicio total de diez (10) años, diez (10) meses, razón por la cual en la Resolución No. 04572 del 18 de mayo de 1994, le fue reconocida la pensión por incapacidad y cesantía incluyendo como factor prestacional **el 15% de la prima de actividad** correspondiente a las partidas computables para la liquidación de la mesada pensional; acto administrativo que a la fecha se encuentra en firme, debidamente notificado y ejecutoriado sin que contra este proceda recurso alguno.

Ahora bien en virtud a lo ordenado en el Decreto 2863 de 2007, me permito indicarle que la Policía Nacional aplico la mencionada normatividad de conformidad a lo estipulado en la misma y para el caso en concreto, por cuanto, en su artículo 2º se estipula modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto- ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).

En su artículo 4 ibídem, estableció: "en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión, dispone en el artículo 42 del decreto 4433 de 2004 que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes obtenida antes del 01º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente".

Corolario a lo anterior, en cuanto a la solicitud de indexación del reajuste, es menester señalar que no es viable jurídicamente acceder a esta petición, toda vez, que dentro del marco normativo especial que rige el caso sub examine, es decir, el Decreto 1212/90, no preceptúa taxativamente un postulado que permita realizar indexación sobre las mesadas pensionales, menos aún ordenar el pago de intereses, máxime cuando en el caso en estudio no se presenta ocurrencia de una decisión judicial, ni existe ninguna clase de mora o mero descuido al pagar tales derechos.

Acto Administrativo de Ejecución - El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- conservó elementos estructurales de la *vía gubernativa,* la que se constituye un paso previo obligado, un requisito de procedibilidad, para acceder al juez de lo contencioso administrativo. No obstante, ello no impone la autorrevisión sistemática de las decisiones administrativas, por cuanto tan solo el recurso de apelación es obligatorio, por disposición del Código (art. 74 CPACA). Por consiguiente, el recurrente verá cerrada la vía jurisdiccional si solo interpone el recurso de reposición, si es posible ejercer también el recurso de apelación, por no haber agotado la *vía gubernativa*, sin que pueda considerarse un aspecto formal, saneable, incluso en aplicación del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.).

Esta defensa reitera que los procesos disciplinarios de primera y segunda instancia proferidos por los despachos disciplinarios en referencia, están ajustados a derecho.

De igual manera no puede decirse que se transgredió el debido proceso, el derecho de defensa y mucho menos que el acto administrativo demandado fue emitido contrario a la Ley, toda vez que la investigación disciplinaria estuvo sujeta a la normatividad vigente para la materia, respetando los derechos y garantías al investigado, según puede observarse en el proceso disciplinario adelantado por los despachos disciplinarios.

Es preciso señalar que de presentarse irregularidades como lo pretende hacer ver el abogado del accionante, no es menos cierto que en la actuación disciplinaria, los sujetos procesales en cada una de las etapas del proceso tuvieron la oportunidad procesal para interponer nulidades[4], recursos y demás peticiones, en aras de sanear el proceso y hacer efectivos los derechos de los sujetos procesales, por esta razón la jurisdicción contencioso administrativa no es la competente para dirimir estos asuntos, ni puede convertirse en juez disciplinario como una tercera instancia para dirimir controversias en este ámbito.

Por esta razón no puede ahora pretender el actor, utilizar la jurisdicción Contencioso Administrativa, para obtener un fallo favorable cuando éste tuvo la oportunidad procesal de interponer y sustentar el recurso de apelación, como así sucedió, por tanto el actor no puede pretender buscar una tercera oportunidad procesal para que la jurisdicción de lo Contencioso, se encargue de dirimir un proceso disciplinario, cuando en sede administrativa ya fue definida su situación disciplinaria, la cual estuvo ajusta a derecho y a las normas vigentes para la fecha de ocurrencia de la conducta.

El acto administrativo impugnado, mediante el cual se impuso la sanción al accionante, goza de la denominada **PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD,** por no haber sido demandado y aún más sigue estando ajustado a la constitución política y la ley, de igual manera que deben ser desvirtuados por el actor o su apoderado dentro de la correspondiente etapa probatoria.

Debiéndose tener en cuenta como ya se ha mencionado que las diligencias disciplinarias fueron adelantadas y falladas por autoridades competentes, cumpliendo los términos procesales establecidos, así como también fue notificado personalmente al accionante para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

IV. REITERACIÓN DE LAS EXCEPCIONES

1. Acto administrativo ajustado a la constitución, la ley y la Jurisprudencia:

Es de señalar, que los actos administrativos impugnados contentivo siendo la comunicación oficial S-2018-051232/ARPE-GRUPE-1.10, emitido por la señora Teniente YULY HASNEIDY PACHECO ZAPATA, este nunca fue demandado y su legalidad no fue debatida en sede administrativa y por ende aún está vigente, fueron estructurados atendiendo los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia procesal que debe tener todo acto emanado de la administración, tal referencia proviene de lo que en su momento dijo el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección "C" - Consejero ponente: Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012) Radicación número: 54001-23-31-000-1999-00111-01(23358), así:

> "**Los presupuestos de existencia**, son aquellas exigencias sin las cuales el acto no se configura como tal y por ende no surge a la vida jurídica; **los presupuestos de validez**, son aquellas condiciones de un acto existente que determinan que sea valorado positivamente por encontrarse ajustado al ordenamiento o, con otras palabras, que si el acto es sometido a un juicio de validez, no permiten que le sobrevenga una valoración negativa, **los presupuestos de eficacia final**, son aquellos requisitos indispensables para que el acto existente y válido produzca finalmente los efectos que estaría llamado a producir"

---

[4] Ley 734 de 2002, artículo 143

" (...)

Respecto de la inepta demanda por indebida individualización del acto o actos administrativos a demandar, como presupuesto procesal que impide proferir una sentencia de fondo, el Consejo de Estado ha indicado:

"34. La Sección Segunda, a su turno, ha dicho:

"La presentación de la demanda con estricta observancia de los requisitos legalmente establecidos constituye un presupuesto para entrabar la relación procesal de modo tal que viabilice la emisión de un pronunciamiento de fondo, favorable o no, sobre lo pretendido por el interesado al momento de ejercer el derecho de acción.

Específicamente cuando lo pretendido es la declaratoria de nulidad de actos administrativos, la determinación con exactitud y precisión de lo que se demanda exige la inclusión de todos aquellos actos que constituyan y contengan la totalidad de la voluntad de la administración.

Dicha exigencia obedece, entre otras razones, a la necesidad de mantener la coherencia y unidad entre los actos jurídicos que permanezcan vigentes en el ordenamiento jurídico luego de proferido un fallo judicial.

No se compadece con dicha finalidad la posibilidad de que, luego de emitida una sentencia, se mantengan incólumes actos administrativos contrarios a lo allí decidido.

La consecuencia del incumplimiento de dicho requisito en la demanda, cuando no se ha observado al momento de su admisión, es la declaratoria de inepta demanda, lo que obliga al juez a inhibirse para conocer el fondo del asunto[1]*.*

35. En otra ocasión, sostuvo:

al estudiar el expediente de la referencia y la actuación administrativa adelantada por la accionante en procura de la definición del derecho pensional en discusión, se advierte la indebida individualización de los actos acusables, vicio que doctrinariamente se define como una proposición jurídica incompleta que implica la ineptitud sustantiva de la demanda interpuesta e inhabilita a la Sala para emitir pronunciamiento de fondo frente a la litis, bajo las consideraciones que a continuación se exponen:

En efecto, a fin de ejercer la acción subjetiva de anulación consagrada en el artículo 85 del C.C.A., es menester, entre otros requisitos de orden procedimental y sustancial, que la parte actora dentro del libelo introductorio individualice con toda precisión el acto o los actos a demandar, bajo las reglas o directrices establecidas por el Legislador en el artículo 138 del C.C.A., que dispone en síntesis la demandabilidad de la totalidad de actos que hayan conformado el agotamiento de la vía gubernativa salvo aquellos casos en los que el acto definitivo es revocado, evento en el que tan sólo procede demandar la última decisión.

A partir de lo anterior, es claro que en todo caso debe demandarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la Administración frente a una situación jurídica particular, junto con aquellas decisiones que en vía gubernativa constituyan una unidad jurídica con el mismo, pues ello compone necesariamente la órbita de decisión del Juez frente a una pretensión anulatoria, precisamente por la identidad y

---

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2008, expediente 6336-05, C.P. Jesús María Lemos Bustamante. En igual sentido, sentencia del 19 de junio de 2008, expediente 0963-07, del mismo ponente.

unidad de su contenido y de sus efectos jurídicos, sin que pueda segmentarse bajo tales condiciones el análisis de su legalidad.

La inobservancia de lo expuesto vicia sustancialmente el contenido de la pretensión anulatoria en el marco de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lo que se traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del Juez frente al litigio propuesto, tornando procedente la declaración inhibitoria al respecto.

A nivel del petitum la situación en mención se suscita en dos casos de ocurrencia alternativa o sumada a saber: i) Cuando el acto acusado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa pretendi, o ii) Cuando el acto demandado no es autónomo por encontrarse en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o su eficacia, eventos en los que como se expresó resulta imposible emitir una decisión de fondo para el Juez. [2] ".[3]

En el efecto su señoría, que no se tomen en cuenta los argumentos iniciales de la ineptitud sustantiva de la demanda, solicitamos se decrete la legalidad del acto administrativo, conforme a los argumentos que se exponen a continuación:

En atención a la pretensión en donde solicita la nulidad del Acto Administrativo Oficio S-2018-05132/ARPE-GRUPE-1.10, suscrito por la Señora Teniente YULY HASNEIDY PACHECO ZAPATA, en donde se niega la reliquidación de la pensión de invalidez, al considerar que existía un error en la liquidación, ya que no fue tenida en cuenta el porcentaje de la prima de actividad.

Por lo anterior, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a Derecho en cuanto a que la Policía Nacional realiza los reconocimientos prestacionales en virtud de los principios de legalidad y temporalidad de la Ley, así mismo es necesario precisar que el reconocimiento pensional que usted percibe se efectuó con base a lo señalado en la norma que se encontraba vigente al momento de los hechos, esto es, el Decreto 1212 de 1990, *"Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional"*, y que para el caso en concreto, respecto de la prima de actividad, la norma ibídem en su artículo 141, expresa en su tenor literal, lo siguiente:

" (...) ARTÍCULO 141. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

"Para Oficiales v Suboficiales con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.

Para Oficiales y Suboficiales con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte
(20), el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.

Para Oficiales y Suboficiales con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.

Para Oficiales y Suboficiales con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%) del sueldo básico.

---

[2] Sentencia del 18 de mayo de 2011, expediente 1282-10, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[3] Consejo de Estado, Sentencia del nueve (9) de diciembre de dos mil once (2011). C.P. Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00030-01(20410).

Presupuestos que se configuran en los actos demandados y además, porque fue expedido por el funcionario y la autoridad competente de la Policía Nacional, lo que permite afirmar con total certeza, que tal actuación no fue desproporcionada, ni trasgredió derecho fundamental alguno como lo considera el demandante, sino que se observaron las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales vigentes para el caso en litigio y por ende, goza de los principios de legalidad y transparencia.

2. **Excepción genérica:**

Solicito al Despacho de manera respetuosa, se decreten de oficio las excepciones que se establezcan dentro de este proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 175 num. 3 y 180 num. 6 de la Ley 1437 de 2011 "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

V. PETICIÓN

Teniendo en cuenta los planteamientos expuestos y sustentados en precedencia, con mi acostumbrado respeto, solicito a los Honorables Magistrados del Consejo de Estado, tengan en cuenta los argumentos de defensa expuestos y se declare **LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, POR INDEBIDA INDIVIDUALIZACIÓN O INEXISTENCIA DE LOS ACTOS DEMANDADOS**, y a efecto de la anterior declaración se declare la legalidad del acto administrativo demandado, de igual manera se exonere de toda responsabilidad administrativa a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL** negar las pretensiones de la demanda.

VI. ANEXOS

Poder para actuar dentro del presente proceso con sus respectivos anexos otorgado por el señor Secretaria General del Policía Nacional.

VII. PERSONERÍA

Respetuosamente solicito al Honorable Magistrado, reconocerme personería Adjetiva en los términos del poder que ha sido conferido.

VIII. NOTIFICACIONES

Honorable Consejero, el representante legal de la entidad demandada en la Carrera 59 No. 26-21 CAN, Bogotá, Bogotá o en la secretaria del despacho, para efectos de notificación electrónica al correo Email: segen.tac@policia.gov.co.

La suscrita apoderada recibirá además notificaciones en la secretaria de su despacho.

Del Honorable Magistrado, con muestras de agradecimiento.

Atentamente,

ALBERTO VALERO BEJARANO
C.C No. 80.110.097 de Bogotá D.C.
TP No. 169.172 C.S.J.

Carrera 59 No. 26-21 CAN, Bogotá
Teléfonos 3159121 – 3159577
segen.tac@policia.gov.co
www.policia.gov.co

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01133

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

20201181993911

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20201181993911**
Fecha: **08-07-2020**

Señores
Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B
MAGISTRADO. DOCTOR LUIS GILBERTO ORTEGON
E. S. D.

PROCESO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	VIANEY PINZON ALDANA
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-
RADICADO:	25000234200020190113300

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO identificada con cédula de ciudadanía número 1.018.443.763 de Bogotá y portadora de la Tarjeta Profesional 260125 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, conforme al poder de sustitución conferido por el Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS actuando en ejercicio de la delegación efectuada por el Dr. GUSTAVO FIERRO MAYA, jefe de la oficina asesora jurídica y delegado por la Ministra de Educación para la función de otorgar poderes en representación de la misma, a través de la escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

A LOS HECHOS

A continuación, se dará respuesta a cada uno de los hechos relatados por la parte actora dentro de la demanda, en los términos siguientes:

PRIMERO: **NO ES UN HECHO.** Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, acerca de la interpretación de una norma, lo cual no es objeto de pronunciamiento alguno.

SEGUNDO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, acerca de la interpretación de una norma, lo cual no es objeto de pronunciamiento alguno.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

TERCERO: PARCIALMENTE CIERTO. De acuerdo a los soportes documentales se evidencia que la señora VIANEY PINZON ALDANA presento solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales para reparaciones locativas, el día 17 de mayo de 2016.

CUARTO: ES CIERTO: Mediante resolución 7418 del 18 de octubre de 2016 se reconoció y ordeno el pago de las cesantías parciales para reparaciones locativas tal y como consta en la documentación adjunta con la demanda, resolución que fue objeto de recurso de reposición el cual fue resuelto mediante resolución 8400 de fecha 03 de noviembre de 2017.

QUINTO: ES CIERTO. La cesantía fue puesta a disposición de la docente el día 26 de diciembre de 2017 y el pago tuvo que ser reprogramado para el día 18 de abril del 2018, teniendo en cuenta que la docente en la primera oportunidad no retiro los dineros puestos a disposición tal y como se evidencia en certificación allegada al proceso. Veamos.

30 años

Bogotá, 08 de Julio de 2020
1010403 -

Señor(a)
PINZON ALDANA VIANEY
KR 114 H NO. 152-20 ION 4 CASA 14
Tel: 6570384
BOGOTA D.C. - BOGOTA D. C.

RAD_S
Al contestar por favor cite:
Radicado No.: *RAD_S*
Fecha: *F_RAD_S*

Ref. SOLICITUD DE CERTIFICACION PAGO DE CESANTIA

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Respetado(a) Señor(a) :

En atención a su solicitud de la referencia, cordialmente nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de Cesantía PARCIAL reconocida por la Secretaria de Educación de BOGOTA D.C., al docente PINZON ALDANA VIANEY identificado con CC No. 39537966, Mediante Resolucion No. 8400 de fecha 03 de Noviembre de 2017, quedando a disposición a partir del 26 de Diciembre de 2017 el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 18 de Abril de 2018 por valor de $22,039,136 , a través del Banco BBVA COLOMBIA por ventanilla, en la Sucursal CENTRO DE SERVICIOS CALLE 43 - BTA .

Igualmente se verifico en el sistema que se realizó el reintegro por no cobro.

SEXTO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva realizada por el apoderado de la parte actora.

SEPTIMO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva realizada por el apoderado de la parte actora.

OCTAVO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva realizada por el apoderado de la parte actora.

57

NOVENO: ES CIERTO. El docente solicito reconocimiento y pago de sanción moratoria el día 07 de junio de 2018, tal y como consta en la documental allegada al expediente.

DECIMO: NO ES CIERTO. Mediante oficio No. 20181091143191 de fecha 26 de julio de 2018 en el cual se informó lo siguiente. Veamos.

{fiduprevisora}

Oficio No. 20181091143191

Bogotá, Jueves, 26 de Julio de 2018

Señor(a)
JULIAN ANDRES GIRALDO MONTOYA
notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co
BOGOTA - D.C.

Apreciado señor (a):

RADICADO: 20180321884472

DOCENTE: VIANEY FINZON ALDANA C.C. 39537865

REFERENCIA: SANCIÓN POR MORA EN EL PAGO DE CESANTÍAS

En atención a su solicitud remitida a este Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con fecha 12 de julio de 2017, en la cual solicita el reconocimiento y pago de la indemnización por mora establecida en la ley 1071 de 2006, nos permitimos dar alcance a su requerimiento e informar lo siguiente:

Es preciso indicar que la Dirección De Prestaciones Económicas, adelantará la revisión y posterior liquidación en caso de ser procedente su requerimiento; esta solicitud reforma el carácter de trámite administrativo.

Teniendo en cuenta lo anterior una vez se estudie su petición, será informado si es o no procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por mora.

Cordialmente,

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a las pretensiones de la demanda frente a la condena por sanción moratoria, en los fundamentos de la defensa y acorde con lo que resulte probado dentro del proceso. En términos precisos la oposición a las pretensiones se fundamenta en las siguientes razones:

DECLARATIVAS

PRIMERA: ME OPONGO, como quiera que no es cierto la configuración del acto ficto negativo o presunto frente a la solicitud de pago de la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías radicada el día 07 de junio de 2018, teniendo en cuenta que se otorgó respuesta mediante oficio . 20181091143191 de fecha 26 de julio de 2018

SEGUNDA: ME OPONGO. A que se declare la nulidad del acto ficto o presunto configurado el día 26 de diciembre de 2018, frente a la petición radicada el 07 de junio de 2018 teniendo en cuenta que no hay prueba que demuestre el mismo.

TERCERA: ME OPONGO A que se declare que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) debe reconocer y pagar la sanción moratoria solicitada, toda vez que no es procedente.

CONDENATORIAS

PRIMERA: ME OPONGO A que a título de nulidad y restablecimiento de derecho se ordene a NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) a reconocer y pagar la sanción moratoria solicitada, toda vez que no es procedente teniendo en cuenta los argumentos que se exponen en las consideraciones de la contestación.

SEGUNDO: ME OPONGO pues la sentencia en si ya tiene un carácter vinculante y no se requiere la solicitud de la misma.

TERCERO: ME OPONGO, se rechaza el reconocimiento de intereses moratorios en la medida en que estos, involucran un componente «inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero[1]», de manera que al igual que la indexación, podrían ser una doble carga que afectaría seriamente los recursos públicos si se imponen de forma simultánea con la sanción moratoria. Los intereses moratorios constituyen *"el mecanismo para dar respuesta al retardo al pago de prestaciones sociales, la cual incluye la orientación a impedir que estas devengan irrisorias por la notoria pérdida del poder*

[1] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia del 27 de Agosto de 2014. M.P: Gustavo Hernando López Algara.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

adquisitivo de los signos monetarios"[2]. En ese sentido no es aceptable que se imponga a la Administración el deber de responder por el retardo, mediante la aplicación de la sanción moratoria como con los intereses moratorios, ya que ello supondría una violación al non bis in ídem.

La jurisprudencia frente a los intereses moratorios ha reconocido su carácter sancionatorio y su capacidad de actualización del poder adquisitivo, señalando que no solo llevan *"implícita esa actualización de la moneda y más, por tratarse de una sanción, se itera, equivalente a «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago»"*[3].

CUARTA: ME OPONGO, de modo que la legislación es clara al afirmar que se tiene el Derecho a la legitima defensa y por ende no se debe condenar en costa si no hay gastos en los que hizo incurrir la parte vencida de conformidad con lo dispuesto por el articulo 365 Código General del Proceso.

EXCEPCIÓNES DE FONDO

1. TÉRMINO SEÑALADO COMO SANCIÓN MORATORIA A CARGO DEL FOMAG Y LA FIDUPREVISORA ES MENOR AL QUE SEÑALA LA PARTE DEMANDANTE

En el presente caso debe señalarse que el término mediante el cual la secretaria de educación tenía para dar contestación a la solicitud de cesantías era hasta el ocho (08) de junio de 2016, teniendo en cuenta que la radicación de la solicitud de las mismas se realizó el día 17 de mayo de 2016 No obstante, el acto administrativo No. 7418 que accedió al reconocimiento de las cesantías, fue expedido hasta el 18 de octubre de 2016.

El 31 de octubre de 2016, el acto administrativo quedó en firme, por lo tanto, a partir de este momento se cuenta el término para el ente pagador de cuarenta y cinco (45) días para realizar el pago, es decir hasta el primero (1) de diciembre de 2016 y las mismas fueron pagadas el día 26 de diciembre de 2017

Analizado lo anterior el retardo es por cuenta de la Secretaria de Educación del Distrito.

Esto en consonancia con la ley 1955 del 25 de mayo de 2019 que en su artículo 57 señaló:

> *"Artículo 57. Eficiencia en la Administración de los Recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

[2] Ibíd.
[3] Ibíd.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías." (Subraya y negrita no hacen parte del texto original)

En principio la Secretaría, señalará que se ciñó al procedimiento enmarcado en los artículos 2,3,4 y 5 del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005que reglamentó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 indicando que suscribió el acto administrativo previa aprobación por parte del ente pagador. No obstante, el H. Consejo de Estado en sentencia SU 00580 de18 de julio de 2018 señaló que dicha normatividad tiene una contradicción frente a los términos enmarcados en ley 1071 de 2006 debiéndose aplicar los términos establecidos en la ley y no en el decreto reglamentario:

"(…) En consecuencia, estima la Sala que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como hemos visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, y a pesar de no ser objeto de este proceso (…) la Sala inaplicará para los efectos de unificación jurisprudencial contenida en esta providencia, la mencionada norma reglamentaria (…)"

Entonces y en virtud de lo señalado en la Ley 1071 de 2006, el acto administrativo debió expedirse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de solicitud de las cesantías, para después de quedar ejecutoriado el ente pagador dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes ponga los recursos a disposición del peticionario y no haberse tomado el término en el decreto 2831 de 2005, en tanto que los términos señalados en ambas normativas son contradictorios, teniéndose que aplicar la regla de mayor jerarquía, esto es la ley por encima de los reglamentos.

En consecuencia hubo un retardo por parte del ente territorial en expedir el acto administrativo al no haber sido proferido dentro del término de los quince (15) días posteriores a la radicación de la solicitud, situación que a la luz del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, son de única responsabilidad de dicha entidad siendo necesario su condena proporcional en la sentencia.

IMPOSIBILIDAD DE INDEMNIZAR CONJUNTAMENTE INTERESES MORATORIOS Y SANCIÓN MORATORIA

La Corte Constitucional ha señalado que la sanción moratoria y los intereses moratorios cumplen una doble función: servir de apremio al empleador moroso y salvaguardar el ingreso del trabajador de los efectos adversos de la disminución del poder adquisitivo, y en tal sentido son mecanismos dirigidos a proteger la retribución por el servicio personal del empleado[4]. El Alto Tribunal ha indicado que se trata de institutos que responden a las siguientes características definitorias: i) Son mecanismos que buscan desincentivar el incumplimiento del empleador en el pago de salarios y prestaciones, insolutas al momento de terminar la relación laboral; ii) Encuentran sustento constitucional en la necesidad de proteger la remuneración del trabajador que, al finalizar su vínculo laboral queda desprotegido económicamente, lo que obliga al pago oportuno de las acreencias debidas.

Ello implica que no es posible hacer confluir los intereses moratorios con la sanción moratoria porque ambos buscan preservar el poder adquisitivo y pretenden proteger al empleado del retardo de la obligación o prestación principal, y en ese sentido no es lógico ni razonable pedir que se indemnicen simultáneamente estos valores, ya que ello supondría que la Administración tenga que realizar dos pagos diferentes que provienen de una misma fuente jurídica.

PETICIONES

Al tenor de las excepciones anteriormente planteadas, comedidamente solicito a Ud., que previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

PRIMERO.-Declarar probadas las excepciones propuestas.
SEGUNDO. En consecuencia ordenar el Archivo del Expediente.
TERCERO. Condenar en costas judiciales a la parte actora.
CUARTA. Que haga parte a la Secretaría de Educación del Distrital de Bogotá D.C., toda vez que participó de manera activa en la elaboración del acto administrativo que se pretende controvertir a través del proceso de la referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[4] Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2009. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Invoco como normas aplicables a la presente contestación, la Ley 91 de 1989, Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; la Ley 244 de 1995; La Ley 1071 de 2006; artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 de 1948.

ANEXOS

- Poder para actuar
- Copia de Escritura pública No. 522 de fecha 28 de marzo de 2019

NOTIFICACIONES

Mi representada recibe notificaciones en la calle 72 No. 10-03, correo electrónico: t_krueda@fiduprevisora.com.co

Cordialmente,

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO
CC. No. 1.018.443.763 de Bogotá
T.P No. 260125 del C.S. de la J

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".
Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalía u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 1177

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

20201181991621

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20201181991621**
Fecha: **08-07-2020**

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B
MAGISTRADO. DOCTOR LUIS GILBERTO ORTEGON
E. S. D.

PROCESO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUIS ARMANDO SANABRIA ALBA
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(FOMAG)
RADICADO:	25000234200020190117700

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO identificada con cédula de ciudadanía número 1.018.443.763 de Bogotá y portadora de la Tarjeta Profesional 260125 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, conforme al poder de sustitución conferido por el Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS actuando en ejercicio de la delegación efectuada por el Dr. GUSTAVO FIERRO MAYA, jefe de la oficina asesora jurídica y delegado por la Ministra de Educación para la función de otorgar poderes en representación de la misma, a través de la escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

A LOS HECHOS

A continuación, se dará respuesta a cada uno de los hechos relatados por la parte actora dentro de la demanda, en los términos siguientes:

PRIMERO: ES PARCIALMENTE CIERTO. El demandante LUIS ARMANDO SANABRIA ALBA, fue nombrado en el año1989 como docente de temporal, documento que obra en el expediente

SEGUNDO: ES PARCIALMENTE CIERTO. El demandante LUIS ARMANDO SANABRIA ALBA presento solicitud de reconocimiento de cesantías el día 04 de marzo de 2019, tal y como consta en la documental allegada al expediente.

TERCERO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Mediante resolución 3664 de fecha 26 de abril de 2019 se reconoció y ordeno el pago de cesantías parciales al demandante.

CUARTO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora acerca de lo que a su parecer considera la adecuada interpretación normativa, mas no se manifiesta situación de modo, tiempo y lugar que sea objeto de manifestación alguna.

QUINTO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Tal y como consta en la documentales allegadas al expediente.

SEXTO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Tal y como consta en la documentales allegadas al expediente.

A LAS PRETENSIONES.

Manifiesto que me opongo a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda, sus declaraciones y condenas, por carecer de fundamentos de derecho, debiéndose absolver a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO de todo cargo.

A LAS DECLARATIVAS

PRIMERA: ME OPONGO a la declaratoria de nulidad de la resolución 3664 de fecha 26 de abril de 2019.mediante la cual se reconoció y ordeno el pago de una cesantía parcial, teniendo en cuenta que la misma fue expedida conforme a la ley y en respeto de los derechos del demandante.

SEGUNDA: ME OPONGO. A que se declare que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) debe pagar al docente LUIS ARMANDO SANABRIA ALBA las cesantías teniendo en cuenta el régimen de retroactividad, toda vez que dicha normatividad no le es aplicable a la demandante teniendo en cuenta la fecha de su vinculación.

CONDENATORIAS

PRIMERA: ME OPONGO a que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) pagar al docente LUIS ARMANDO SANABRIA ALBA las cesantías teniendo en cuenta el régimen de retroactividad, toda vez que dicha normatividad no le es aplicable a la demandante teniendo en cuenta la fecha de su vinculación.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

SEGUNDA: ME OPONGO pues la sentencia en si ya tiene un carácter vinculante y no se requiere la solicitud de la misma

TERCERA: ME OPONGO a que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) a reconocer indexación, teniendo en cuenta la no procedencia de sus pretensiones

CUARTO: ME OPONGO a que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) a reconocer intereses moratorios, teniendo en cuenta la no procedencia de sus pretensiones

QUINTA: ME OPONGO. A que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) en costas y agencias en derecho toda vez que las mismas no son procedentes, pues la entidad ha actuado con diligencia y conforme a la ley en el caso objeto de debate.

I. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA.

DEL RÉGIMEN DOCENTE

La Ley 812 de 2003, define o consagra el régimen prestacional de los docentes en Colombia, para aquellos docentes que se vincularan con posterioridad al 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la norma antes referida y para aquellos docentes que se vincularan con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica las disposiciones establecidas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la Ley 91 de 1989.

RÉGIMEN DE CESANTÍAS:

El régimen general de cesantías tiene origen en la Ley 6 de 1945 que dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente percibirían entre otras prestaciones un auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios y a nivel territorial en el decreto 2767 de año 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados y obreros.

Fue a partir de la ley 344 de 1996 donde se estableció el nuevo régimen de liquidación anual de cesantías dirigida a los servidores públicos del estado que se vincularan a partir del 30 de diciembre de 1996.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Otro aspecto que se debe analizar es lo que se establece dentro del principio de solidaridad y sostenibilidad presupuestal:

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SOSTENIBILIDAD PRESUPUESTAL

Considera este apoderado judicial que de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad del que habla el acto legislativo N° 001 de 2005 y que además lo incorporó en la Constitución al siguiente tenor:

> *"ARTICULO 48 de la constitución política, el cual indica que: "La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley".*

Por su parte, el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello; lo contrario generaría una inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión pues pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones económicas de que se trate.

Cesantías: en esta ley se establecieron diferentes paramentos teniendo en cuenta la calidad que ostenta el docente:

> *Ley 91 de 1989:*
>
> *Cesantías: en esta ley se establecieron diferentes paramentos teniendo en cuenta la calidad que ostenta el docente:*
>
> *1.Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*
>
> *2.Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas*

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede establecer que el artículo de la ley 91 del año 1989, señala que el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. De enero de 1990. Para los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

En este contexto es claro que a la demandante no le asiste el derecho a que le sea reconocido el régimen de retroactividad en las cesantías, por lo anteriormente expuesto.

En lo que atañe a las vinculaciones provisionales que manifestó la demandante se tiene que el decreto 1278 de 2002 establece en su artículo 13 establece. Veamos.

ARTÍCULO 13. Nombramientos provisionales. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguiente casos: a. En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo.

Parágrafo. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el docente al prestar sus servicios como INTERINO, está sujeto a una relación contractual de prestación de servicios y no a una vinculación laboral.

ARTÍCULO 3o. El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

Artículo 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales..

- **DEL PRECEPTO DE SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD**

Cuando se habla de solución de continuidad, debe entenderse como una condición para el reconocimiento de la existencia de derechos laborales del trabajador, pues se establece como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles tal como lo establece artículo decimo 10 del Decreto 1045 de 1978). Veamos.

> ***Artículo 10°.-*** *Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad.* ***Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.***

De acuerdo a las vinculaciones que presenta el demandante se evidencia que tuvo varios periodos sin vinculación que duraron más de 15 días de diferencia entre una vinculación y otra, situación que cambia el régimen jurídico aplicable al docente al momento de realizar el estudio de la procedencia del reconocimiento pensional

Teniendo en cuenta la situación planteada anteriormente el docente cuenta con múltiples vinculaciones que tienen diferencia de más de 15 días entre la terminación y la nueva vinculación determina una NUEVA relación laboral y por ende la aplicación de los preceptos legales vigentes para la fecha de la nueva vinculación.

Revisada la demanda, se considera que se en principio la demandante fue vinculado en propiedad 1993, fecha en la cual el régimen aplicable es el de liquidación anual y no retroactiva de las cesantías.

EXCEPCIONES

- **COBRO DE LO NO DEBIDO, LA DOCENTE NO DEMOSTRÓ TENER LA CALIDAD DE DOCENTE TERRITORIAL, POR LO QUE LE APLICA EL RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN ANUAL DE CESANTÍAS.**

El Consejo de Estado, en sentencia del 22 de febrero de 2018 aclaró el régimen de liquidación anual de cesantías le es aplicable a docentes que ingresen con posterioridad del 1 de enero de 1990, SIN DISTINCIÓN DE SU CALIDAD DE SER DOCENTES NACIONALES, NACIONALIZADOS O TERRITORIALES. Veamos:

"De lo anterior se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1 y 2, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses."

Pero en gracia de discusión, si el despacho considerara que el régimen retroactivo de cesantías le es aplicable a los docentes territoriales hasta antes de la fecha de entrada en vigencia de la ley 334 de 1996, se debe tener presente que la calidad de docente territorial no se adquiere por el simple hecho de haber sido nombrada por una entidad departamental o municipal, dicha calidad se adquiere si se cumple con los requisitos señalados en el artículo 10 de la ley 43 de 1975. Como al respecto el Consejo de Estado señaló:

"Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir; para estos docentes estableció el régimen consagrado en dicha la Ley 91 de 1989.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a los previsto en el artículo 7 ib. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Los demás, nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial"

Igualmente el artículo 15 ordinal 3 literal b estipulo:

> *ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *3. Cesantías: Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional*

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO**

En consideración a que, la Entidad que represento no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario los mismos se encuentran debidamente satisfechos y así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una cesantía parcial aplicando régimen de retroactividad teniendo en cuenta que no tiene derecho a la misma en razón a la fecha de vinculación y la perdida de continuidad de la relación laboral con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ANEXOS.

- Poder especial debidamente constituido.
- Sustitución del antes referido poder.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

NOTIFICACIONES.

El suscrito recibirá notificaciones personales en la Calle 72 No. 10 – 03 en la ciudad de Bogotá D.C; dirección de correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co, t_krueda@fiduprevisora.com.co.

Cordialmente,

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO
C.C. 1.018.443.763 de Bogotá
T.P. 260.125 del C.S. de la Judicatura

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".
Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalía u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01270

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

Bogotá D.C.

Doctor
LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON
Magistrado Sección Segunda, Subsección "B"
Tribunal Administrativo de Cundinamarca

REF: Proceso Rad. No.: 250002342000-**2019-01270**-00
Demandante: HÉCTOR MARIO LONDOÑO RÍOS
Demandada: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EDWIN JAVIER RODRÍGUEZ REYES, identificado como aparece debajo de mi firma, obrando en calidad de apoderado judicial de la **NACIÓN - CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** conforme al poder de representación que adjunto, estando dentro del término legal, comparezco a su Despacho para contestar la demanda, solicitar el decreto y práctica de pruebas, y en general, para ejercer el derecho de oposición y la defensa que le asiste a mi procurada. Lo que hago en los siguientes términos:

I. RESPUESTA AL CAPÍTULO "PRETENSIONES PRINCIPALES"

En cuanto a las pretensiones 1.1. y 1.2. del numeral 1.: Me abstengo de hacer pronunciamiento. LA NACIÓN-CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA no tiene legitimación material por pasiva para responder pretensiones que no están dirigidas a atacar de legalidad de un acto administrativo, sino a ordenarle "*(...) inaplicar por inconstitucionales e ilegales (...)*" unas normativas contenidas en decretos que fueron expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de la función que le fue atribuida por el legislador a través del artículo 1º de la Ley 4ª de 1992.

En cuanto a la pretensión del numeral 2: Me opongo por improcedente. La demanda es sustancialmente inepta y no hay lugar a que pretenda que a través de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho "*(...) se ordene que para todos los efectos legales y administrativos que correspondan, la prima de alta gestión (artículo 5º) y la prima técnica automática (artículo 6º) aludidas en los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018, son factores salariales a favor del demandante (...)*"; pues esa es una potestad exclusiva del Gobierno Nacional, en ejercicio de la función que le fue atribuida por el legislador a través del artículo 1º de la Ley 4ª de 1992.

En cuanto a la pretensión del numeral 3: Me opongo por improcedente. La demanda es sustancialmente inepta y no hay la declaratoria de nulidad pretendida, porque el oficio demandado está apoyado en Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de la función que le fue atribuida por el legislador a través del artículo 1º de la Ley 4ª de 1992.

En cuanto a las pretensiones 4.1. y 4.2. del numeral 4: Me opongo por improcedentes. En el hipotético escenario de dar trámite a la demanda, las órdenes de reliquidación pretendidas van en contravía del ordenamiento jurídico. La facultad de determinar si las primas de alta gestión y técnica constituyen factor salarial, recae en el Gobierno Nacional en ejercicio de la función que le fue atribuida por el legislador a través del artículo 1° de la Ley 4ª de 1992.

En cuanto a la pretensión del numeral 5: Me opongo por improcedente. No hay ocasión a la condena en costas y agencias en derecho en contra de mi representada, porque las pretensiones de los numerales 1 a 4 no tienen vocación de prosperar.

II. RESPUESTA AL CAPÍTULO "HECHOS"

SOBRE EL NUMERAL 1: ES CIERTO.

SOBRE EL NUMERAL 2: ES CIERTO.

SOBRE EL NUMERAL 3: ES CIERTO.

SOBRE EL NUMERAL 4: En cuanto al cargo y los periodos en los cuales el actor se ha desempeñado como Director Grado 03 de la CGR, me atengo a la respuesta dada para los numerales 1 y 2 del capítulo "HECHOS" de la demanda.

ES CIERTO que el demandante en forma mensual "*(...) percibe la prima técnica automática (...)*".

SOBRE EL NUMERAL 5: En cuanto al cargo y los periodos en los cuales el actor se ha desempeñado como Director Grado 03 de la CGR, me atengo a la respuesta dada para los numerales 1 y 2 del capítulo "HECHOS" de la demanda.

ES CIERTO que el demandante en forma mensual percibe "*(...) prima de alta gestión (...)*".

SOBRE EL NUMERAL 6: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado del demandante.

SOBRE EL NUMERAL 7: NO ES CIERTO. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ha dado cabal cumplimiento a las reglas que fueron expedidas por el Gobierno Nacional en punto de la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, por razón de la atribución que le fue conferida por el legislador en los términos del artículo 1° de la Ley 4ª de 1992.

SOBRE EL NUMERAL 8: ES CIERTO que el señor Héctor Mario Londoño Ríos mediante oficio 2019ER0029808 del 27 de marzo de 2019, elevó derecho de petición al Señor Contralor General de la República. En cuanto a las peticiones formuladas, me atengo al contenido integral, material y completo de dicho documento.

SOBRE EL NUMERAL 9: ES CIERTO que mediante oficio 2019IE0030828 del 04 de abril de 2019, el Señor Contralor General de la República dio respuesta a la petición con interés particular bajo No. 2019ER0029808 del 27 de marzo de 2019. En cuanto a la respuesta dada, me atengo al contenido integral, material y completo de dicho documento.

SOBRE EL NUMERAL 10: NO ES UN HECHO. Es la indicación de la fecha y número del Diario Oficial en donde fue publicado el Decreto 1042 de 1978; y la trascripción del artículo 42 de dicha preceptiva.

SOBRE EL NUMERAL 11: NO ES UN HECHO. Es la indicación de la fecha y numero del Diario Oficial en donde fue publicado el Decreto 720 de 1978.

SOBRE EL NUMERAL 12: NO ES UN HECHO. Es la relación de la fecha y numero del Diario Oficial en donde fueron publicados los Decretos 1012 de 2013, 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018.

SOBRE EL NUMERAL 13: SE OMITIO, este numeral por parte del demandante.

SOBRE EL NUMERAL 14: NO ES UN HECHO. Es la trascripción parcial del artículo 5º de los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018.

SOBRE EL NUMERAL 15: NO ES UN HECHO. Es la trascripción parcial del artículo 6º de los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018.

SOBRE EL NUMERAL 16: NO ES CIERTO. Las prestaciones sociales del señor Héctor Mario Londoño Ríos, mientras ha ejercido el cargo de Director Grado 03, han sido pagadas conforme a las reglas fijadas por el legislador y por el Gobierno Nacional mediante decreto.

SOBRE EL NUMERAL 17: NO ES CIERTO. El actor está empeñado en que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desconozca reglas que fueron expedidas por el Gobierno Nacional en punto de la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, por razón de la atribución que le fue conferida por el legislador en los términos del artículo 1º de la Ley 4ª de 1992.

81

III. RESPUESTA AL CAPÍTULO "NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN"

Señor Magistrado, de la lectura integral de la demanda se colige sin mayor esfuerzo que la misma no está dirigida en contra de un acto de contenido particular y concreto, sino en contra de los artículos 5 y 6 de los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018; porque en criterio del demandante:

i. *"(...) resulta incontrovertible que la connotación de NO SALARIOS, dada por la administración a la PRIMA TÉCNICA Y A LA PRIMA DE ALTA GESTIÓN mediante los decretos arriba relacionados, resulta ilegal e inconstitucional, tal y como se explicará en el acápite de la formulación de los cargos contra los actos acusados"*[1].

ii. Sus textos son inconstitucionales ya que *"(...) el Ejecutivo, al expedir los textos acusados de los artículos 5 y 6 de los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018, actuó sin competencia para ello, asumiendo una facultad del legislador, que el propio legislador, en desarrollo de sus facultades constitucionales -Art. 150 ord. 19 literal f)- ya había desarrollado al expedir el Decreto Ley 1042 de 1948. Es decir, que en el presente caso, el Gobierno Nacional al expedir los textos acusados de los artículo* (sic) *5 y 6 de los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018, legisló; facultad que le está vedada, conforme al artículo 150, ord. 19, lit e) de la C.P."* [2]

iii. Sus textos son inconstitucionales *"(...) porque al establecerse por el Gobierno Nacional que tanto la prima de alta gestión, como la prima técnica –sumas que habitual y periódicamente ha recibido y recibe el empleado demandante como retribución por sus servicios-, por virtud de los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018, al quitarle tanto a la prima de alta gestión como a la prima técnica, su connotación de salarios, no solo desconoció el artículo 42 del Decreto No. 1042 de 1978,* ***sino que además se abrogó una competencia que era propia del Legislador****, conforme a lo normado en el artículo 150, ord. 19, literal e) de la C.P."* [3]

iv. Héctor Mario Londoño Ríos tiene un derecho adquirido, y por lo tanto, *"(...) al expedirse por el Gobierno Nacional los apartes acusados de los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018, lo que en estos se consigna, contrario a lo establecido en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992 (...);* ***Irrespetándose y desconociéndose****, de estas maneras, el derecho adquirido radicado en el patrimonio del*

[1] Capítulo "II. CONCEPTO DE VIOLACIÓN", pág.7 de la demanda.
[2] Capítulo "III. MOTIVOS DE NULIDAD", pág. 14 de la demanda.
[3] Capítulo "IV. FORMULACIÓN DE LOS CARGOS CONTRA LOS ACTOS DEMANDADOS", PRIMER CARGO, pág. 15 de la demanda.

demandante a devengar como salario las sumas que –por virtud de lo establecido en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 y el artículo 40 del Decreto 720 de 1978, en ambos casos, en forma mensual, permanente y habitual el demandante- ha recibido a título de Prima Técnica y a título de Prima de Alta Gestión, como retribución por sus servicios (...)"[4]

v. "*(...) no podía ni puede el Gobierno Nacional, quitarle la naturaleza salarial a unos pagos que por orden del legislador ya lo tenían. Actuar inconstitucional del Gobierno Nacional que para el caso de autos se presenta con la expedición de los textos a) y b) arriba transcritos, al asumir una facultad del legislador, que el propio legislador, en desarrollo de sus facultades constitucionales – Art. 150 ord. 19 literal f)- ya había desarrollado al expedir el Decreto Ley 1042 de 1978*".[5]

vi. Héctor Mario Londoño Ríos tiene un derecho adquirido, y por lo tanto, "*(...) al expedirse por el Gobierno Nacional los apartes acusados de los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 DE 2017 y 344 DE 2018, por el Gobierno Nacional, lo que en estos se consigna, es contrario a lo establecido en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, y de esta forma el Gobierno Nacional también desacata rebeldemente lo normado en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, en concordancia con lo normado en el artículo 45 del Decreto Ley 268 de 2000, porque desconoció como derecho adquirido de demandante, el plurimentado artículo 42 del Decreto 1042 de 1978*".[6]

vii. "*(...)* ***si al Legislador le corresponde desarrollar el concepto de salario y por ende señalar sus componentes, los textos de los artículos 5 y 6 que se atacan, dictados por el Gobierno Nacional (...) fueron proferidos sin competencia para ello por el Gobierno Nacional; y por lo tanto, debe concluirse que tales textos van en contravía de los dictados constitucionales contenidos en el ordinal e), num 19 del artículo 150 superior. (...)***".[7]

Por lo tanto, en lo que atañe a la normativa acusada en los cargos primero, segundo, tercero y cuarto desarrollados en el concepto de violación expuesto en la demanda, no hay lugar a hacer pronunciamiento alguno sobre el particular por parte de la Entidad que represento.

No obstante lo anterior, sí paso a pronunciarme específicamente sobre los ataques que acaso se pueden inferir contra el oficio 2019IE0030828 del 04 de abril de 2019, suscrito por el Señor Contralor General de la República, señalando de entrada que se desconocen las normas violadas en criterio del actor, y dejando anotado que no fueron allegados ni informados los medios de prueba que le permitieron estructurar sus reproches en sede judicial.

[4] Capítulo "IV. FORMULACIÓN DE LOS CARGOS CONTRA LOS ACTOS DEMANDADOS", PRIMER CARGO, pág. 17 de la demanda.
[5] Capítulo "IV. FORMULACIÓN DE LOS CARGOS CONTRA LOS ACTOS DEMANDADOS", PRIMER CARGO, pág. 18 de la demanda.
[6] Capítulo "IV. FORMULACIÓN DE LOS CARGOS CONTRA LOS ACTOS DEMANDADOS", PRIMER CARGO, pág. 19 de la demanda.
[7] Capítulo "IV. FORMULACIÓN DE LOS CARGOS CONTRA LOS ACTOS DEMANDADOS", SEGUNDO CARGO, pág. 20 de la demanda. Texto repetido en la página 22.

83

1. SOBRE LA PRETENDIDA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD EN MATERIAL LABORAL.

En opinión del apoderado de la parte actora, "*(...) en este caso resulta evidente la vulneración por parte de la CGR del principio de favorabilidad en materia laboral del doctor HÉCTOR MARIO LONDOÑO RÍOS, toda vez que, teniendo la opción de dar aplicación a los artículos 42 de Decreto 1042 de 1978, el artículo 40 del Decreto 720 de 1978, a las* (sic) *reiterados pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado respecto a la noción de salario y los factores salariales que lo integran, así como a los principios mínimos que fundamentan al derecho laboral contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, prefirió dar aplicación a los artículo 5 y 6 de los Decretos 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 DE 2018, que hacen más gravosa la situación laboral de mí* (sic) *poderdante, sin tener en cuenta que carecen de eficacia jurídica al haber sido expedidos por el Gobierno Nacional sin tener la competencia para ello y en contravía de los objetivos y criterios establecidos en la Ley 4 de 1992 para el Régimen salarial y prestacional de los servidores de la Contraloría General de la República*".[8]

Como quiera que el abogado del señor Londoño Ríos no expone con claridad, certeza, precisión y suficiencia, los fundamentos que sustentan la acción tanto en lo que tiene que ver con la normativa constitucional que afirma vulnerada, como en lo que incumbe al proceso de argumentación requerido para dejar ver claramente los vicios que denuncia respecto del oficio 2019IE0030828; no hay lugar al ejercicio de contra-argumentación que debiera proceder.

Pese a ello, sí debo dejar anotado que si el actor pretendía poner el debate en el plano de una violación directa de la Constitución, ha debido cumplir con el mandato desarrollado por la doctrina de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-1052 de 2001, reiterada en el tiempo a través de múltiples pronunciamientos, que grosso modo establece que la indicación de porqué se estima que un texto constitucional es violado, **IMPONE EL DEBER DE SEÑALAR RAZONES CLARAS, CIERTAS, ESPECÍFICAS, PERTINENTES Y SUFICIENTES DE LA DEMANDA**, para evitar una decisión inhibitoria que frustre la expectativa del actor de obtener un pronunciamiento de fondo. Señaló el referido pronunciamiento:

> *"La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque "el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental", no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.*

[8] Capítulo "IV. FORMULACIÓN DE LOS CARGOS CONTRA LOS ACTOS DEMANDADOS", TERCER CARGO, pág. 24 de la demanda.

Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente "y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita" e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; "esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden".

De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través "de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada". El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisible que se deba resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos "vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales" que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que "el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico"; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola "de inocua, innecesaria, o reiterativa" a partir de una valoración parcial de sus efectos.

Finalmente, la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si (sic) *despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a*

desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional."[9]

Acorde con lo anterior, es necesario decir que a partir del texto presentado por el actor no es factible hacer la respectiva confrontación entre el oficio que dio respuesta a la petición del señor Londoño Ríos, los motivos de ataque y las disposiciones Superiores supuestamente violadas, pues evidentemente sufre de falta de exposición de argumentos.

Respecto a la **falta de claridad**, ésta se evidencia cuando el demandante se limita a denunciar una supuesta violación del artículo 53 Constitucional, pasando por alto que su deber era el de señalar porqué a la luz de la Carta Política el oficio No. 2019IE0030828 del 04 de abril de 2019, vulneró el principio de favorabilidad en materia laboral.

Dicho oficio, simplemente le informó al ahora actor que es improcedente dar aplicación a la "excepción de inconstitucionalidad", porque conforme a lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 344 de 2018, el Departamento Administrativo de la Función Pública como único órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional respecto de la planta de empleos de la CGR, ha señalado en varias oportunidades que las primas técnica y de alta gestión que perciben los cargos del Director Grado 03, no constituyen factor salarial para ningún efecto.

Lo cual resulta lógico, porque así se desprende del texto de las normas que por vía del presente medio de control pretende enjuiciar el apoderado de la parte actora; y que permiten evidenciar que el deber de establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Contraloría General de la República recae en el Gobierno Nacional y no, en el Contralor General.

Es más, la demanda ni siquiera lanza un reproche que alcance el grado de conjetura, y por lo tanto carece de razones para enarbolar un juicio de legalidad contra el oficio acusado.

Siendo así, con todo respeto advierto que la demanda **no permite asumir válidamente que hay un ataque sustentado y específico**, porque si bien es cierto alude a un principio constitucional, esa mención del principio de favorabilidad no logra poner en el terreno de la duda, la presunción de legalidad que respalda la respuesta ofrecida por mi representada al derecho de petición elevado por el demandante mediante oficio 2019ER0029808 del 27 de marzo de 2019.

Todo lo anteriormente expuesto, conduce a advertir que hay una seria contradicción entre la pretensión de ilegalidad y el concepto de violación, que impediría en todo caso un pronunciamiento de fondo por parte de su Despacho

[9] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1052 del 4 de octubre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Exp. D-3472.

Judicial, así tuviera la competencia para ello. Sin duda, en este caso el actor incumple con la

> *"(...) carga mínima de cuidado en la redacción y argumentación para permitir a la Corte Constitucional discernir sobre las razones que el demandante pretende esgrimir y a partir de la cuales se producirá una decisión judicial que hará tránsito a cosa juzgada y tendrá efectos erga omnes.*
>
> *Esa carga mínima de argumentación para quien ejerce esta acción es lógica, necesaria y pertinente, por cuanto el incumplimiento de tal presupuesto podría llevar a la Corte a iniciar un proceso, vincular a las autoridades públicas que en él participan, convocar intervinientes, escuchar expertos, citar audiencias públicas, deliberar en Sala Plena y al final, debido a la insuficiencia o a la ausencia de los argumentos, establecer que la demanda adolece de ineptitud sustantiva, resolver inhibiéndose para fallar sobre el fondo de la cuestión y frustrar de esta manera a los ciudadanos que durante meses esperaron una resolución de fondo."*[10]

Señor Magistrado, el ataque en mención no es más que la reiteración del reproche contra una serie de normas expedidas por el Gobierno Nacional en uso de la atribución conferida por el artículo 1, literal b) de la Ley 4 de 1992, para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Contraloría General de la República; en aplicación de los objetivos y criterios que le fueron fijados por el Congreso de la República, de acuerdo con el mandato del literal e), del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia.

Frente a tal escenario, ni la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA como entidad empleadora, ni el Despacho a su cargo, son respectivamente los llamados a responder como demandada y a conocer y decidir como juez competente, de la controversia que pretende formular la parte demandante; pues tales roles le corresponden al Gobierno Nacional y a la Sección Segunda del Consejo de Estado.

2. SOBRE LA PRETENDIDA FALSA MOTIVACIÓN DEL OFICIO DEMANDADO.

Infiere el abogado demandante que el oficio 2019IE0030828 del 04 de abril de 2019, está falsamente motivado porque el Contralor General de la República omitió considerar la inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 de los Decretos Nos. 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018, que surge porque en su sentir, fueron proferidos por el Gobierno Nacional sin competencia para ello. Estima la parte actora que *"(...) de NO haberse incurrido en tan flagrantes OMISIONES por parte de la Administración de la CGR, al responder el Derecho de Petición, hechos que estaban demostrados, si hubiesen sido*

[10] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-195 del 10 de abril de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Exp. D-9254.

considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Y como consecuencia lógica, la administración de la CGR, estaba en el deber constitucional de inaplicar por inconstitucionales los textos acusados, y de contera la CGR, estaba en la obligación de acceder a las pretensiones del peticionario." [11]

Sobre este particular, llama la atención que el abogado demandante pretenda reprochar la respuesta ofrecida por el Señor Contralor General de la República, cuando aquella simplemente estuvo en consonancia con los motivos expuestos en el derecho de petición elevado por el demandante; resultando insólito el reproche por falsa motivación del oficio 2019IE0030828 del 04 de abril de 2019.

Notará el Despacho que si el Dr. Londoño Ríos mediante el oficio 2019ER0029808 del 27 de marzo de 2019, elevó al Contralor General de la República, la petición de acudir a la excepción de inconstitucionalidad para **inaplicar** los textos de los artículos 5 y 6 de los Decretos Nos. 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018[12], y darle carácter de factor salarial a las primas técnica y de alta gestión que percibe como Director Grado 03 de la Entidad demandada; la respuesta ofrecida fue absolutamente congruente las razones invocadas por el peticionario, dado que el Departamento Administrativo de la Función Pública la entidad encargada de conceptuar sobre salarios y prestaciones de la CGR, y el Gobierno Nacional ha determinado que las primas señaladas no tienen carácter del factor salarial para ningún efecto, conforme lo dispuesto por los Decretos demandados por vía de nulidad y restablecimiento del derecho.

De ahí que en el presente asunto se esté frente a una demanda sustancialmente inepta porque no permite hacer la respectiva confrontación entre la respuesta a la petición del señor Londoño Ríos, los motivos de ataque y las disposiciones Superiores y legales supuestamente violadas; por lo que en realidad aspira a que el juez de la causa realice un ejercicio de suposición que le está vedado.

Asimismo, es infundado que la demanda pretenda que el despacho de conocimiento aplique la excepción de inconstitucionalidad autorizada por el artículo 4º Superior[13], pues a partir de la equiparación de los conceptos de "salario" y "factor salarial", pretende dar por satisfecha su obligación de exponer con claridad, certeza, precisión y suficiencia, los fundamentos que sustentan la acción tanto en lo que tiene que ver con la normativa constitucional que estima vulnerada, como en lo que incumbe al proceso de argumentación requerido para dejar ver claramente los vicios que denuncia respecto de los actos acusados, así como la inconstitucionalidad de la normativa expedida por el Gobierno Nacional.

Aunado a ello, se advierte que el abogado del actor [i] deja de informar que respecto del mismo tema ya cursan ante la jurisdicción de lo contencioso

[11] Capítulo "IV. FORMULACIÓN DE LOS CARGOS CONTRA LOS ACTOS DEMANDADOS", CUARTO CARGO, pág. 27 de la demanda.
[12] Normativa cuya nulidad ahora depreca en el numeral 1, sub-numerales 1.1. y 1.2. del capítulo "PRETENSIONES PRINCIPALES" de la demanda
[13] Cfr. Página 6 de la demanda.

88/

administrativo otras demandas promovidas por directivos grados 3 de la CGR[14], que le quitan el carácter excepcional y único a la facultad constitucional en mención; y quizá más importante aún, [iii] no expone de qué forma ni sobre cuales derechos fundamentales se concretaría la pretendida vulneración, y por lo tanto, no hace clara, evidente, ostensible e inequívoca, la conclusión de que los textos de los artículo 5 y 6 de los decretos mediante los cuales el Gobierno Nacional ha fijado la escala de remuneración para la CGR, están en contravía de principios y mandatos superiores.

IV. EXCEPCIONES

A. RELATIVAS A LA DEMANDA CONTRA LA NORMATIVA CONTENIDA EN LOS DECRETOS 182 DE 2014, 1093 DE 2015, 241 DE 2016, 1010 DE 2017 Y 344 DE 2018.

La demanda bajo el falso ropaje de atacar el oficio 2019IE0030828 del 04 de abril de 2019 suscrito por el Señor Contralor General de la República en respuesta a la petición elevada por el señor Héctor Mario Londoño Ríos mediante oficio No. 2019ER0029808 del 27 de marzo de 2019; en realidad pretende que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por la vía del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho decida un juicio de legalidad en contra los textos contenidos en los artículos 5 y 6 de los Decretos Nos. 182 de 2014, 1093 de 2015, 0241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018, que excluyen como factores

[14] A la fecha de contestación de esta demanda, la CGR tiene conocimiento de las siguientes demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, promovidas por directivos grados 3 y 4:

1. Rad. 25000234200020170068000, actor: Barragán Ramírez Álvaro en calidad de Director Grado 03 de la Dirección de Carrera Administrativa; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "E", Despacho No. 13 MP. Patricia Victoria Manjarréz Bravo.
2. Rad: 25000234200020170076400, actor: Ayala Marín Manuel Rubernoy en calidad de ex-director Grado 03 de la Dirección de Gestión del Talento Humano; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "F", Despacho No. 13 MP. Beatriz Helena Escobar Rojas.
3. Rad. 25000234200020180190O, actor: Rojas Castellanos María Fernanda, en calidad de Director 03 de la Dirección de Vigilancia Fsical de la Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "D", MP. Israel Soler Pedroza.
4. Rad. 25000234200020180193700, actor: Leiva Bisbicuth Diana del Pilar, en calidad de Director 03 de la Dirección de Estudios Sectoriales de la Contraloría Delegada para el Sector Social; despacho judicial: Tribunal Administrativo de Cundinamarca-sección segunda, MP. Cerveleón Padilla Linares.
5. Rad. 25000234200020180194200, actor: Vargas Caicedo Fulton Ronny, en calidad de Director 03 de la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada de Minas y Energía; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, sub-sección ""D", MP. Israel Soler Pedroza.
6. Rad. 25000234200020180230000, actor: Ávila Beltrán Álvaro Hernán, en calidad de Director 03 de la Dirección de Atención Ciudadana de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, MP. José María Armenta Fuentes.
7. Rad. 25000234200020180280800, actor: Quintero Quintero María Cristina, en calidad de Director 03 de la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras; despacho judicial: Tribunal Administrativo de Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "A", MP. Néstor Javier Calvo Chávez.
8. Rad. 25000234200020190626O0, actor: Díaz Montiel Antonio Rafael, en calidad de Director 03 de la Dirección de Recursos Físicos de la Gerencia Administrativa y Financiera; despacho judicial: Tribunal Administrativo de Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "F", MP. Patricia Salamanca Gallo.

85

salariales, tanto a la prima técnica como a la prima de alta gestión percibidas por el actor.

Pero sin lugar a dudas, el medio de control no es ni será el de nulidad y restablecimiento del derecho, sino acaso el de nulidad por inconstitucionalidad señalado por el artículo 135 del CPACA, o el de nulidad simple previsto por el artículo 137 de la misma codificación; y cualquiera que sea el trámite a seguir, LA NACIÓN-CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA no tiene capacidad para ser parte demandada.

Siendo así, en lo que toca a la pretensión de nulidad derivada de la normativa contenida en los Decretos Nos. 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018, de manera respetuosa formulo las siguientes excepciones:

1. FALTA DE COMPETENCIA:

Ninguna de las reglas de competencia señaladas por los artículos 151 y 152 del CPACA, radican en cabeza del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la competencia para conocer en única o primera instancia, de la demanda para que se ordene "*(...) inaplicar por inconstitucionales e ilegales (...)*" los textos transcritos en los numerales 1,1, y 1.2. de la pretensión principal No. 1 de la demanda, y que corresponden a parte del contenido normativo de los artículos 5 y 6 de los Decretos Nos. 182 de 2014, 1093 de 2015, 241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018; que expresamente señalan que ni la prima de alta gestión, ni la prima técnica automática percibidas por el actor constituyen factor salarial.

De cualquier manera, salvo que la parte actora tenga la capacidad de estructurar un juicio de constitucionalidad, la competencia para conocer en única instancia del juicio de legalidad respecto de normas expedidas por el Gobierno Nacional en uso de la atribución conferida por el artículo 1, literal b) de la Ley 4 de 1992, para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Contraloría General de la República; está en cabeza exclusiva de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los términos del artículo 149 numeral 1°, atendiendo el criterio de especialización señalado por el Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Acuerdo 55 del 2003[15].

Por lo tanto, en el curso normal de los acontecimientos, tendrá que ser dicha Corporación la que decida sobre la admisibilidad de la demanda y a quien corresponde la competencia para adelantar el trámite procesal respectivo y emitir sentencia; y en consecuencia le solicito al Despacho de conocimiento que acuda a su poder de adecuación para que la demanda se tramite por la vía y ante el juez competente para su conocimiento.

[15] Reglamento del Consejo de Estado.

2. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL POR PASIVA:

Además de que se está frente a un litigio que ha debido ser formulado ante el Consejo de Estado por tratarse de una demanda enfilada contra normas expedidas por el Gobierno Nacional en uso de la atribución conferida por el artículo 1 de la Ley 4ª de 1992; también surge claro que LA-NACIÓN CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA no tiene capacidad para ser parte demandada, pues ni constitucional ni legalmente es la autoridad encargada de fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados, y por lo tanto no tiene la aptitud material de ser demandada dado que en su cabeza no radica el deber de emitir la normativa contenida en los decretos demandados.

Sobre el particular, la reiterada y pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

> *"(...) toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante -legitimado en la causa de hecho por activa- y demandado -legitimado en la causa de hecho por pasiva- y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción;* ***la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.***
>
> *De ahí que* ***un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio****, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido* ***o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores****".*
>
> *En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo,* ***legitimación material****, pues ésta* ***solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales****; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición*

anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra"[16] (negrillas fuera de texto).

Como consecuencia de ello, en el evento como el que motiva la formulación de la excepción propuesta en este caso, si en gracia de discusión la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca tuviera la competencia para dirimir el conflicto planteado por el actor Héctor Mario Londoño Ríos, en todo caso tendría que denegar las pretensiones de la demanda por la falta de legitimación material en la causa por pasiva de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, quien no es la llamada a responder por la expedición de las normas que fijan el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. [17]

3. INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL

No le corresponde a esta defensa señalarle a la parte actora cuál es la vía procesal adecuada para cuestionar la legalidad de las normas ya señaladas; pero sin lugar a dudas y tal como está expuesto en los numerales 1 a 3 del capítulo "PRETENSIONES", el presente asunto tendría que haber sido ventilado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para ser resuelto por el Consejo de Estado.

Así, si de lo que se trataba era de plantear una confrontación en abstracto entre la normativa acusada de vulneradora (artículos 5 y 6 de los Decretos Nos. 182 de 2014, 1093 de 2015, 0241 de 2016, 1010 de 2017 y 344 de 2018) y el ordenamiento jurídico invocado como transgredido (artículo 53 de la Constitución Política); el abogado actor ha debido determinar si lo procedente era acudir a la nulidad por inconstitucionalidad prevista por el artículo 135 del CPACA.

Y si la aspiración de la parte actora, era atacar la legalidad de normas expedidas por el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria conferida por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, el medio de control previsto por el legislador para controvertir la legalidad de la referida normativa, no podía ser otro que el de nulidad (simple) previsto por el artículo 137 del CPACA, y no, el de nulidad y restablecimiento del derecho señalado por el artículo 138 de la misma obra; pues:

---

[16] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia de 8 de abril de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. Rad. 76001233100019980003601(29321).

[17] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, exp. 66001233100019960326301(15352). "*(...) si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante*".

> *"[l]a demanda de nulidad procede contra actos administrativos de contenido general y abstracto dictados con infracción de las normas en que deberían sustentarse o por un funcionario sin competencia o en forma irregular o con falsa motivación o desviación de poder o sin garantizar el derecho de audiencia y defensa. Significa que* ***la pretensión que se formula en la demanda es que se declare la nulidad de un determinado acto administrativo de carácter general, de manera que desaparezca del ordenamiento jurídico porque lo está transgrediendo***" [18] (negrilla fuera de texto).

En uno u otro escenario el juez de la causa solo podría ser el Consejo de Estado, bien porque conoce de la nulidad por inconstitucionalidad en virtud de la competencia conferida por el artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política, si lo que se pretendía era plantear un juicio de constitucionalidad por violación directa del artículo 53 Superior; o bien por la regla de competencia señalada por el 149 numeral 1° del CPACA, en atención al ejercicio del medio de control de nulidad (simple).

B. RELATIVAS A LA DEMANDA CONTRA EL OFICIO 2019IE0030828 DEL 04 DE ABRIL DE 2019.

El oficio 2019IE0030828 del 04 de abril de 2019, por medio del cual el Señor Contralor General de la República dio respuesta al derecho de petición elevado por Héctor Mario Londoño Ríos, está plenamente sustentando en la ley y la jurisprudencia, y no se advierte que constituya decisión ilegal ni mucho menos que esté falsamente motivado. Siendo así, respetuosamente formulo las siguientes excepciones a la demanda contra el oficio en comento:

1. AUSENCIA DE CAUSAL PARA DEMANDAR-INEPTA DEMANDA.

Establece el artículo 137 C.P.A.C.A. que son causales de nulidad del acto administrativo, que el mismo [i] infrinja las normas en que debería fundarse, [ii] haya sido expedido sin competencia, [iii] haya sido expedido en forma irregular, [iv] haya sido expedido con desconocimiento del "derecho de audiencias y defensa", [v] haya sido expedido mediante falsa motivación, o [vi] haya sido expedido con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Ninguno de esos eventos se configura en el presente caso, pues se trata de una demanda que está afincada en conjeturas que ni siquiera señalan en donde está la infracción al ordenamiento jurídico colombiano, pues está simplemente

[18] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto del 16 de mayo de 2017, C.P.: Milton Chávez García, exp. 11001-03-27-000-2017-00013-00(22973).

empeñada en que por el capricho del actor, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desconozca reglas que fueron expedidas por el Gobierno Nacional en punto de la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, por razón de la atribución que le fue conferida por el legislador en los términos del artículo 1° de la Ley 4ª de 1992.

Si en uso de tal potestad el Gobierno Nacional ha señalado que la prima técnica y la prima de alta gestión que percibe el cargo de Director Grado 03 ocupado actualmente por Héctor Mario Londoño Ríos, no constituyen factor salarial; mal haría la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en usurpar una función que no le fue atribuida por el legislador para por vía de respuesta a un derecho de petición dar rienda suelta a las aspiraciones del actor, so pretexto de la improbable, infundada e improcedente aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Siendo así, surge evidente que no hay presupuesto para el ejercicio de la acción de nulidad, ni para pretender restablecimiento de derecho alguno.

2. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO.

Actualmente ni la prima técnica, ni la prima de alta gestión que percibe el cargo de Director Grado 03 ocupado actualmente por Héctor Mario Londoño Ríos, constituyen factor salarial. Así lo dispone el Gobierno Nacional, mediante la expedición de los respectivos decretos en uso de la atribución que le fue conferida por el legislador en los términos del artículo 1° de la Ley 4ª de 1992.

En tal sentido, mientras no exista disposición normativa o mandato judicial expedido por juez competente que digan lo contrario, el régimen salarial y prestacional para el cargo ocupado por el demandante, goza de presunción de legalidad y no hay lugar a que se acceda por parte del Despacho judicial de conocimiento, a las declaraciones, órdenes y condenas contenidas en el capítulo "PRETENSIONES" de la demanda.

3. COBRO DE LO NO DEBIDO.

El actor formula dentro de sus pretensiones unos inexistentes deberes de reliquidación y pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social, así como la expedición de unas órdenes de indemnización o pago de intereses moratorios.

No obstante, pasa por alto que las disposiciones emitidas por el Gobierno Nacional, que fijan el régimen salarial y prestacional de los empleados de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, son plenamente aplicables y gozan de la presunción de legalidad.

4. LA DOBLE PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y VERACIDAD DEL OFICIO DEMANDADO, LO QUE IMPLICA EL TRASLADO DE LA CARGA DE LA PRUEBA AL DEMANDANTE.

Conforme se ha comprobado a lo largo de la presente contestación y a partir de la simple lectura del escrito de la demanda, se aprecia que los ataques planteados por el apoderado de Héctor Mario Londoño Ríos en el concepto de violación, solo pueden ser considerados como conjeturas, dada la falta de sustentación probatoria. Por tal motivo la parte actora incumple la carga que le impone el artículo 162 numeral 4° C.P.A.C.A., de desvirtuar tanto la legalidad como la veracidad del oficio No. 2019IE0030828 del 04 de abril de 2019.

5. EXCEPCIÓN GENÉRICA

Propuesta conforme a lo dispuesto por los artículos 187 inciso primero del CPACA, y 100 del CGP.

V. PRUEBAS

Solicito respetuosamente al Honorable Despacho que se decreten y tengan como pruebas para ser tenida en cuenta en el presente asunto, las siguientes:

1. DOCUMENTALES QUE SE APORTAN (EN ARCHIVOS ELECTRONICOS PDF):

1.1. Copia del oficio 20160000251441 del 5 de diciembre de 2016, radicado en la Contraloría General de la República bajo No. 2016ER0123141 del 7 de diciembre de 2016, por el cual la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, informa que ni la prima técnica, ni la prima de alta gestión constituyen factores salariales.[19]

1.2. Copia de las demandas ejercidas hasta ahora, por otros directivos grado 03 de la CGR con pretensiones similares a las que motivan en presente proceso[20]:

1.2.1 Rad.. 25000234200020170068000, actor: Barragán Ramírez Álvaro en calidad de Director Grado 03 de la Dirección de Carrera Administrativa; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "E", Despacho No. 13 MP. Patricia Victoria Manjarréz Bravo.

[19] Archivo en formato PDF. Se identifica como DAFP Oficio 2016ER0123141
[20] Carpeta de archivos en formato PDF. Se identifica como: Carpeta Demandas directivos 03 CGR

1.2.2 Rad: 25000234200020170076400, actor: Ayala Marín Manuel Rubernoy en calidad de ex-director Grado 03 de la Dirección de Gestión del Talento Humano; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "F", Despacho No. 13 MP. Beatriz Helena Escobar Rojas.

1.2.3 Rad. 25000234200020180190O, actor: Rojas Castellanos María Fernanda, en calidad de Director 03 de la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "D", MP. Israel Soler Pedroza.

1.2.4 Rad. 25000234200020180193700, actor: Leiva Bisbicuth Diana del Pilar, en calidad de Director 03 de la Dirección de Estudios Sectoriales de la Contraloría Delegada para el Sector Social; despacho judicial: Tribunal Administrativo de Cundinamarca-sección segunda, MP. Cerveleón Padilla Linares.

1.2.5 Rad. 25000234200020180230000, actor: Ávila Beltrán Álvaro Hernándo, en calidad de Director 03 de la Dirección de Atención Ciudadana de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, MP. José María Armenta Fuentes.

1.2.6 Rad. 25000234200020180280800, actor: Quintero Quintero María Cristina, en calidad de Director 03 de la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras; despacho judicial: Tribunal Administrativo de Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "A", MP. Néstor Javier Calvo Chávez.

1.2.7 Rad. 25000234200020190626O0, actor: Díaz Montiel Antonio Rafael, en calidad de Director 03 de la Dirección de Recursos Físicos de la Gerencia Administrativa y Financiera; despacho judicial: Tribunal Administrativo de Cundinamarca-sección segunda, sub-sección "F", MP. Patricia Salamanca Gallo.

1.2.8 Rad. 11001333502120190009700, actor: López Dávila Iván, en calidad de Director 03 de la Dirección de Estudios Sectoriales de la Contraloría Delegada de Minas y Energía; despacho judicial: Juzgado 21 administrativo de oralidad Circuito de Bogotá, sección segunda.

1.2.9 Rad. 25000234200020180194200, actor: Vargas Caicedo Fulton Ronny, en calidad de Director 03 de la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada de Minas y Energía; despacho judicial: Tribunal Administrativo De Cundinamarca-sección segunda, sub-sección ""D", MP. Israel Soler Pedroza.

1.2.10 Rad. 11001333501320190031300, actor: Gaviria Santacruz Sonia Alexandra, en calidad de Director 03 de la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario; despacho judicial: Juzgado 13 administrativo de oralidad Circuito de Bogotá, sección segunda.

2. **EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO:** Historia laboral[21] y constancia de tiempo de servicios[22] de Héctor Mario Londoño Ríos. Con esta documentación doy cumplimiento a lo ordenado por el parágrafo 1° del artículo 175 C.P.A.C.A.

VI. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones personales en la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, ubicada en la Carrera 69 No. 44-35 piso 15 (Edificio Paralelo 26), de la ciudad de Bogotá D.C. Conforme a lo dispuesto por el artículo 197 C.P.A.C.A., informo que el correo electrónico dispuesto por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para recibir notificaciones judiciales es: notificacionesramajudicial@contraloria.gov.co

VII. ANEXOS

- Archivo electrónico con copia digitalizada de los documentos señalados en el acápite de pruebas.

- Poder de representación y anexos. (Carpeta llamada poder y sus anexos).

En estos términos he dado contestación a la demanda de HÉCTOR MARIO LONDOÑO RÍOS.

Atentamente,

EDWIN JAVIER RODRÍGUEZ REYES
C.C. 91.077.369 de San Gil
T.P. 251.642 del C.S. de la J.

[21] Archivo en formato PDF. En Archivo electrónico se identifica como: Historia Laboral - LONDOÑO RÍOS HÉCTOR MARIO 16224774 (1) y LONDOÑO RÍOS HÉCTOR MARIO 16224774 (2)
[22] Archivo en formato PDF. En archivo electrónico se identifica como: Constancia de tiempo de servicios.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 01306

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2º) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

20201181991071

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20201181991071**
Fecha: **08-07-2020**

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B
MAGISTRADO. DOCTOR LUIS GILBERTO ORTEGON
E. S. D.

PROCESO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARIA ESPERANZA ARIAS SARMIENTO
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(FOMAG)
RADICADO:	25000234200020190130600

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO identificada con cédula de ciudadanía número 1.018.443.763 de Bogotá y portadora de la Tarjeta Profesional 260125 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, conforme al poder de sustitución conferido por el Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS actuando en ejercicio de la delegación efectuada por el Dr. GUSTAVO FIERRO MAYA, jefe de la oficina asesora jurídica y delegado por la Ministra de Educación para la función de otorgar poderes en representación de la misma, a través de la escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

A LOS HECHOS

A continuación, se dará respuesta a cada uno de los hechos relatados por la parte actora dentro de la demanda, en los términos siguientes:

PRIMERO: NO ME CONSTA. Me atengo a lo que se pruebe en el transcurso del proceso y a las pruebas aportadas al expediente.

SEGUNDO: ES PARCIALMENTE CIERTO. La demandante MARIA ESPERANZA ARIAS SARMIENTO, fue nombrada mediante decreto825 de fecha 15 de febrero de 1993 como docente de sistema de hora y catedra, documento que obra en el expediente.

TERCERO: ES PARCIALMENTE CIERTO. La demandante MARIA ESPERANZA ARIAS SARMIENTO, fue nombrada mediante decreto 550 de fecha 18 de marzo de 1994 como docente en propiedad, documento que obra en el expediente

CUARTO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Teniendo en cuenta el nombramiento de la docente, el cual consta en las documentales allegadas al expediente.

QUINTO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Teniendo en cuenta el nombramiento de la docente.

SEXTO: NO ME CONSTA. Me atengo a lo que se pruebe en el transcurso del proceso y a las pruebas allegadas al expediente.

SEPTIMO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Tal y como consta en la documental allegada al expediente, con respecto a los factores salariales mencionados me permito manifestar que no me consta y que me atengo a lo que se pruebe en el transcurso del proceso.

OCTAVO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Tal y como consta en la documentales allegadas al expediente.

NOVENO: NO ME CONSTA. Me atengo a lo que se pruebe en el transcurso del proceso y a las pruebas allegadas al expediente.

DECIMO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Tal y como consta en la documentales allegadas al expediente.

DECIMO PRIMERO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Tal y como consta en la documentales allegadas al expediente.

DECIMO SEGUNDO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, más no se manifiesta situación de modo, tiempo y lugar que sea objeto de pronunciamiento alguno.

DECIMO TERCERO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte actora, más no se manifiesta situación de modo, tiempo y lugar que sea objeto de pronunciamiento alguno.

A LAS PRETENSIONES.

Manifiesto que me opongo a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda, sus declaraciones y condenas, por carecer de fundamentos de derecho, debiéndose absolver a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO de todo cargo.

A LAS DECLARATIVAS

PRIMERA: ME OPONGO a la declaratoria de existencia de silencio administrativo negativo en relación con el derecho de petición con radicado MOS2019ER000192 de fecha 24 de enero de 2019, teniendo en cuenta que la solicitud fue radicada ante el ente territorial, el cual es el responsable de dar respuesta a las solicitudes que le sean radicadas y que no ha sido vinculado a este litigio.

SEGUNDA: ME OPONGO. A que se declare que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) debe pagar a la docente FLOR ANGELA SEPULVEDA JURADO las cesantías teniendo en cuenta el régimen de retroactividad, toda vez que dicha normatividad no le es aplicable a la demandante teniendo en cuenta la fecha de su vinculación.

CONDENATORIAS

PRIMERA: ME OPONGO a que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) pagar a la docente MARIA SUSANA RISCANEVO BOLIVAR las cesantías teniendo en cuenta el régimen de retroactividad, toda vez que dicha normatividad no le es aplicable a la demandante teniendo en cuenta la fecha de su vinculación.

SEGUNDA: ME OPONGO pues la sentencia en si ya tiene un carácter vinculante y no se requiere la solicitud de la misma

TERCERA: ME OPONGO a que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) a reconocer intereses moratorios, teniendo en cuenta la no procedencia de sus pretensiones

CUARTO: ME OPONGO. A que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) en costas y agencias en derecho toda vez que las mismas no son procedentes, pues la entidad ha actuado con diligencia y conforme a la ley en el caso objeto de debate.

I. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA.

DEL RÉGIMEN DOCENTE

La Ley 812 de 2003, define o consagra el régimen prestacional de los docentes en Colombia, para aquellos docentes que se vincularan con posterioridad al 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la norma antes referida y para aquellos docentes que se vincularan con

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica las disposiciones establecidas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la Ley 91 de 1989.

RÉGIMEN DE CESANTÍAS:

El régimen general de cesantías tiene origen en la Ley 6 de 1945 que dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente percibirían entre otras prestaciones un auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios y a nivel territorial en el decreto 2767 de año 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados y obreros.
Fue a partir de la ley 344 de 1996 donde se estableció el nuevo régimen de liquidación anual de cesantías dirigida a los servidores públicos del estado que se vincularan a partir del 30 de diciembre de 1996.

Otro aspecto que se debe analizar es lo que se establece dentro del principio de solidaridad y sostenibilidad presupuestal:

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SOSTENIBILIDAD PRESUPUESTAL

Considera este apoderado judicial que de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad del que habla el acto legislativo N° 001 de 2005 y que además lo incorporó en la Constitución al siguiente tenor:

> *"ARTICULO 48 de la constitución política, el cual indica que: "La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley".*

Por su parte, el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello; lo contrario generaría una inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión pues pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones económicas de que se trate.

Cesantías: en esta ley se establecieron diferentes paramentos teniendo en cuenta la calidad que ostenta el docente:

> *Ley 91 de 1989:*
>
> *Cesantías: en esta ley se establecieron diferentes paramentos teniendo en cuenta la calidad que ostenta el docente:*

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

1.Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

2.Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede establecer que el artículo de la ley 91 del año 1989, señala que el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. De enero de 1990. Para los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

En este contexto es claro que a la demandante no le asiste el derecho a que le sea reconocido el régimen de retroactividad en las cesantías, por lo anteriormente expuesto.

En lo que atañe a las vinculaciones provisionales que manifestó la demandante se tiene que el decreto 1278 de 2002 establece en su artículo 13 establece. Veamos.

ARTÍCULO 13. Nombramientos provisionales. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguiente casos: a. En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo.

Parágrafo. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el docente al prestar sus servicios como INTERINO, está sujeto a una relación contractual de prestación de servicios y no a una vinculación laboral.

ARTÍCULO 3o. El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

Artículo 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales..

- **DEL PRECEPTO DE SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD**

Cuando se habla de solución de continuidad, debe entenderse como una condición para el reconocimiento de la existencia de derechos laborales del trabajador, pues se establece como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles tal como lo establece artículo decimo 10 del Decreto 1045 de 1978). Veamos.

Artículo 10°.**- Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad.* ***Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.

De acuerdo a las vinculaciones que presenta el demandante se evidencia que tuvo varios periodos sin vinculación que duraron más de 15 días de diferencia entre una vinculación y otra, situación que cambia el régimen jurídico aplicable al docente al momento de realizar el estudio de la procedencia del reconocimiento pensional

Teniendo en cuenta la situación planteada anteriormente el docente cuenta con múltiples vinculaciones que tienen diferencia de más de 15 días entre la terminación y la nueva vinculación determina una NUEVA relación laboral y por ende la aplicación de los preceptos legales vigentes para la fecha de la nueva vinculación.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Revisada la demanda, se considera que se en principio la demandante fue vinculada en propiedad 1993, fecha en la cual el régimen aplicable es el de liquidación anual y no retroactiva de las cesantías.

EXCEPCIONES

- **COBRO DE LO NO DEBIDO, LA DOCENTE NO DEMOSTRÓ TENER LA CALIDAD DE DOCENTE TERRITORIAL, POR LO QUE LE APLICA EL RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN ANUAL DE CESANTÍAS.**

El Consejo de Estado, en sentencia del 22 de febrero de 2018 aclaró el régimen de liquidación anual de cesantías le es aplicable a docentes que ingresen con posterioridad del 1 de enero de 1990, SIN DISTINCIÓN DE SU CALIDAD DE SER DOCENTES NACIONALES, NACIONALIZADOS O TERRITORIALES. Veamos:

"De lo anterior se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1 y 2, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses."

Pero en gracia de discusión, si el despacho considerara que el régimen retroactivo de cesantías le es aplicable a los docentes territoriales hasta antes de la fecha de entrada en vigencia de la ley 334 de 1996, se debe tener presente que la calidad de docente territorial no se adquiere por el simple hecho de haber sido nombrada por una entidad departamental o municipal, dicha calidad se adquiere si se cumple con los requisitos señalados en el artículo 10 de la ley 43 de 1975. Como al respecto el Consejo de Estado señaló:

"Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes estableció el régimen consagrado en dicha la Ley 91 de 1989.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a los previsto en el artículo 7 ib. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Los demás, nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial"

Igualmente el artículo 15 ordinal 3 literal b estipulo:

> *ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *3. Cesantías: Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional*

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO**

En consideración a que, la Entidad que represento no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario los mismos se encuentran debidamente

satisfechos y así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una cesantía parcial aplicando régimen de retroactividad teniendo en cuenta que no tiene derecho a la misma en razón a la fecha de vinculación y la perdida de continuidad de la relación laboral con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ANEXOS.

- Poder especial debidamente constituido.
- Sustitución del antes referido poder.

NOTIFICACIONES.

El suscrito recibirá notificaciones personales en la Calle 72 No. 10 – 03 en la ciudad de Bogotá D.C; dirección de correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co, t_krueda@fiduprevisora.com.co.

Cordialmente,

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO
C.C. 1.018.443.763 de Bogotá
T.P. 260.125 del C.S. de la Judicatura

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

"**Defensoría del Consumidor Financiero**: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".
Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalía u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

Bogotá, D.C., 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

EXPEDIENTE NRO.
2019 - 1585

EN LA FECHA, SIENDO LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.) SE FIJA EN LISTA POR UN (1) DÍA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y QUEDA EN TRASLADO A LA CONTRAPARTE POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS A PARTIR DEL DÍA VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.), CON VENCIMIENTO EL DÍA VEINTITRÉS (23) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LA HORA DE LAS CINCO DE LA TARDE (5:00 P.M).

LO ANTERIOR DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR PARÁGRAFO SEGUNDO (2°) DEL ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011 - CPACA.

CESAR ALEXANDER FALLA PIRA
Oficial Mayor
Sección Segunda Subsección B

LE Garibello M.

110

20201181882181

Al contestar por favor cite:
Radicado No.: **20201181882181**
Fecha: **25-06-2020**

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN D
MAGISTRADO. DOCTOR LUIS GILBERTO ORTEGON
E. S. D.

PROCESO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	FLOR ANGELA SEPULVEDA JURADO
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(FOMAG)
RADICADO:	25000234200020190158500

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO identificada con cédula de ciudadanía número 1.018.443.763 de Bogotá y portadora de la Tarjeta Profesional 260125 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, conforme al poder de sustitución conferido por el Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS actuando en ejercicio de la delegación efectuada por el Dr. GUSTAVO FIERRO MAYA, jefe de la oficina asesora jurídica y delegado por la Ministra de Educación para la función de otorgar poderes en representación de la misma, a través de la escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, me permito dar contestación a la demanda del presente asunto en los siguientes términos:

A LOS HECHOS

A continuación, se dará respuesta a cada uno de los hechos relatados por la parte actora dentro de la demanda, en los términos siguientes:

PRIMERO: NO ME CONSTA. Lo que atañe a la vinculación de la docente, tal y como consta en soporte documental, pues se evidencia nombramiento en temporalidad en el año 1992.

SEGUNDO: ES PARCIALMENTE CIERTO. El día 24 de mayo de 2019 la señora FLOR ANGELA SEPULVEDA JURADO, solicito el reconocimiento y pago de cesantías parciales para reparaciones locativas.

TERCERO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Mediante resolución5443 de fecha 13 de junio de 2019 se reconoció y ordeno el pago de cesantías parciales solicitadas por la demandante.

CUARTO: NO ME CONSTA. Me atengo a lo que se pruebe en el transcurso del proceso y a las pruebas allegadas al expediente.

QUINTO: NO ES UN HECHO. Es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte demandante, acerca de lo que a su parecer considera una adecuada interpretación y aplicación de la normatividad al caso en concreto, pero no se manifiesta ninguna situación de modo, tiempo y lugar que sea objeto de manifestación alguna.

SEXTO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Tal y como consta en la documentales allegadas al expediente.

SEPTIMO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Tal y como consta en la documentales allegadas al expediente.

A LAS PRETENSIONES.

Manifiesto que me opongo a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda, sus declaraciones y condenas, por carecer de fundamentos de derecho, debiéndose absolver a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO de todo cargo.

A LAS DECLARATIVAS

PRIMERA: ME OPONGO a la declaratoria de nulidad de la resolución 5443 de fecha 13 de junio de 2019 .mediante la cual se reconocieron las cesantías parciales de la demandante, teniendo en cuenta que dicho acto administrativo se encuentra revestido de legalidad y no desconoce derecho alguno de la demandante.

SEGUNDA: ME OPONGO. A que se declare que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) debe pagar a la docente FLOR ANGELA SEPULVEDA JURADO las cesantías teniendo en cuenta el régimen de retroactividad, toda vez que dicha normatividad no le es aplicable a la demandante teniendo en cuenta la fecha de su vinculación.

CONDENATORIAS

PRIMERA: ME OPONGO a que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) pagar a la docente MARIA SUSANA RISCANEVO BOLIVAR las cesantías teniendo en cuenta el régimen de retroactividad, toda vez que dicha normatividad no le es aplicable a la demandante teniendo en cuenta la fecha de su vinculación.

SEGUNDA: ME OPONGO a que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) a pagar la diferencia que resultara con ocasión a la liquidación de las cesantías con el sistema de retroactividad teniendo en cuenta que no es procedente ni aplicable dicho régimen.

TERCERA: **ME OPONGO** pues la sentencia en si ya tiene un carácter vinculante y no se requiere la solicitud de la misma

CUARTO: ME OPONGO a que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) a reconocer indexacion, teniendo en cuenta la no procedencia de sus pretensiones

QUINTA: ME OPONGO a que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) a reconocer interese moratorios, teniendo en cuenta la no procedencia de sus pretensiones

SEXTO: ME OPONGO. A que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (FOMAG) en costas y agencias en derecho toda vez que las mismas no son procedentes, pues la entidad ha actuado con diligencia y conforme a la ley en el caso objeto de debate.

I. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA.

DEL RÉGIMEN DOCENTE

La Ley 812 de 2003, define o consagra el régimen prestacional de los docentes en Colombia, para aquellos docentes que se vincularan con posterioridad al 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la norma antes referida y para aquellos docentes que se vincularan con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica las disposiciones establecidas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la Ley 91 de 1989.

RÉGIMEN DE CESANTÍAS:

El régimen general de cesantías tiene origen en la Ley 6 de 1945 que dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente percibirían entre otras prestaciones un auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios y a nivel territorial en

el decreto 2767 de año 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados y obreros.
Fue a partir de la ley 344 de 1996 donde se estableció el nuevo régimen de liquidación anual de cesantías dirigida a los servidores públicos del estado que se vincularan a partir del 30 de diciembre de 1996.

Otro aspecto que se debe analizar es lo que se establece dentro del principio de solidaridad y sostenibilidad presupuestal:

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SOSTENIBILIDAD PRESUPUESTAL

Considera este apoderado judicial que de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad del que habla el acto legislativo N° 001 de 2005 y que además lo incorporó en la Constitución al siguiente tenor:

> *"ARTICULO 48 de la constitución política, el cual indica que: "La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley".*

Por su parte, el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello; lo contrario generaría una inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión pues pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones económicas de que se trate.

Cesantías: en esta ley se establecieron diferentes paramentos teniendo en cuenta la calidad que ostenta el docente:

> *Ley 91 de 1989:*
>
> *Cesantías: en esta ley se establecieron diferentes paramentos teniendo en cuenta la calidad que ostenta el docente:*
>
> *1.Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*
>
> *2.Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o.*

de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede establecer que el artículo de la ley 91 del año 1989, señala que el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. De enero de 1990. Para los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

En este contexto es claro que a la demandante no le asiste el derecho a que le sea reconocido el régimen de retroactividad en las cesantías, por lo anteriormente expuesto.

Revisada la demanda, se considera que se en principio la demandante fue vinculada en temporalidad en el año 1992 y que posteriormente se presenta vinculación en propiedad 1993, fechas en la cuales el régimen aplicable es el de liquidación anual y no retroactiva de las cesantías.

EXCEPCIONES

- **COBRO DE LO NO DEBIDO, LA DOCENTE NO DEMOSTRÓ TENER LA CALIDAD DE DOCENTE TERRITORIAL, POR LO QUE LE APLICA EL RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN ANUAL DE CESANTÍAS.**

El Consejo de Estado, en sentencia del 22 de febrero de 2018 aclaró el régimen de liquidación anual de cesantías le es aplicable a docentes que ingresen con posterioridad del 1 de enero de 1990, SIN DISTINCIÓN DE SU CALIDAD DE SER DOCENTES NACIONALES, NACIONALIZADOS O TERRITORIALES. Veamos:

"De lo anterior se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1 y 2, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las

disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses."

Pero en gracia de discusión, si el despacho considerara que el régimen retroactivo de cesantías le es aplicable a los docentes territoriales hasta antes de la fecha de entrada en vigencia de la ley 334 de 1996, se debe tener presente que la calidad de docente territorial no se adquiere por el simple hecho de haber sido nombrada por una entidad departamental o municipal, dicha calidad se adquiere si se cumple con los requisitos señalados en el artículo 10 de la ley 43 de 1975. Como al respecto el Consejo de Estado señaló:

"Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes estableció el régimen consagrado en dicha la Ley 91 de 1989.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a los previsto en el artículo 7 ib. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Los demás, nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial"

Igualmente el artículo 15 ordinal 3 literal b estipulo:

113

(fiduprevisora)

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

3. Cesantías: Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO**

En consideración a que, la Entidad que represento no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario los mismos se encuentran debidamente satisfechos y así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una cesantía parcial aplicando régimen de retroactividad teniendo en cuenta que no tiene derecho a la misma en razón a la fecha de vinculación y la perdida de continuidad de la relación laboral con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ANEXOS.

- Poder especial debidamente constituido.
- Sustitución del antes referido poder.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

NOTIFICACIONES.

El suscrito recibirá notificaciones personales en la Calle 72 No. 10 – 03 en la ciudad de Bogotá D.C; dirección de correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co, t_krueda@fiduprevisora.com.co.

Cordialmente,

KAREN ELIANA RUEDA AGREDO
C.C. 1.018.443.763 de Bogotá
T.P. 260.125 del C.S. de la Judicatura

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTARIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogota D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".
Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalía u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.