



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-**2019-00425-00**
Demandante: JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO
Demandado: DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Asunto: SENTENCIA

La señora **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.020.788.823 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

1.1.1. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Fallo de primera instancia proferido el 4 de abril de 2019, por el doctor Juvenal Niño Landinez, Jefe de la Oficina de Control interno Disciplinario de la Defensoría del Pueblo, dentro de la investigación disciplinaria con radicación No. 232/2018.
- Sentencia de segunda instancia proferida el 30 de abril de 2019, por el doctor Carlos Alfonso Negret Mosquera, Defensor del Pueblo.

- Memorando del 31 de enero de 2019, a través del cual la Subdirectora de Gestión del Talento Humano de la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá, hizo efectiva la sanción disciplinaria de suspensión provisional por el término de tres meses a la actora.
- Resolución No. 728 de fecha 30 de mayo de 2019, por medio de la cual el doctor Carlos Alfonso Negret Mosquera, Defensor del Pueblo, ejecutó la sanción disciplinaria impuesta a la demandante.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó que se condene a la entidad demandada a:

1.1.2. Pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, tales como: primas, bonificaciones y demás correspondientes al cargo que venía desempeñando, junto con los incrementos legales, desde cuando se produjo la suspensión hasta cuando se legalice la efectividad de la misma, debidamente ajustadas, tomando como base el IPC, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del C. P. A. C. A.

1.1.3. Pagar a título de indemnización, los siguientes conceptos y montos:

- Por perjuicios morales: la suma de \$82.811.600,00 m/cte., equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Por perjuicios psicológicos: el valor de \$82.811.600,00 m/cte., que corresponden a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes
- Por perjuicios materiales: el monto de \$9.062.373,00 m/cte., liquidados desde el mes de febrero de 2019, fecha en la que se produjo la notificación y suspensión provisional, hasta el día 2 de mayo de 2019, más la tasación que deba realizarse como auxiliar Administrativo - Grado 10, hasta cuando se ordene el pago de la sentencia que así lo disponga.

1.1.4. Dar cumplimiento a la providencia que profiera el Despacho, en los términos contenidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.1.5. Pagar las costas, gastos y agencias en derecho del presente proceso.

1.2 HECHOS

Como sustento de las pretensiones, la parte demandante esgrimió los siguientes hechos:

1.2.1 A través de auto sin fecha -al parecer del 6 de septiembre de 2018- el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Defensoría del Pueblo, dio apertura a la indagación preliminar en contra de la demandante, con fundamento en el Memorando No. 018510 del 21 de agosto de 2018, suscrito por el entonces Defensor del Pueblo Regional, presuntamente por incumplimiento del horario laboral de la funcionaria.

1.2.2 El 13 de septiembre de 2018, se notificó personalmente la demandante del inicio de la indagación preliminar en su contra.

1.2.3 Mediante auto del 2 de octubre de 2018, se decretaron pruebas de oficio y, en consecuencia, se ordenó la *"visita y/o inspección especial a documentos"*, designando para tal efecto al doctor José Jacinto Palomino Padilla, funcionario de la misma oficina de control disciplinario, quien manifestó su impedimento, debido a la amistad íntima que tenía, entre otros, con la actora y con su esposo; sin embargo, pese a la advertencia del funcionario, el operador disciplinario le ordenó practicar dicha prueba, la cual se realizó el 5 del mismo mes y año, a las 8:00 a.m., actuación que, afirma, se tornó irregular.

1.2.4 Mediante auto se trasladó una prueba documental al expediente de la demandante, actuación que se llevó a cabo debido a que el juez utilizó su conocimiento privado, es decir, la experticia que tenía en el expediente No. 230/2018, medio probatorio que correspondía a la diligencia de declaración juramentada rendida por el entonces Defensor Regional Bogotá, doctor

Gustavo Eduardo González Carreño, junto con unos documentos relacionados en la referida diligencia.

1.2.5 El 26 de octubre de 2018, la demandante radicó la versión libre y espontánea y solicitó que se decretara el testimonial de los doctores Sandra Paola Ortiz, María Zulay Gómez y Nelson Trujillo Galindo, así mismo deprecó que se tuvieran en cuenta las documentales que aportaba.

1.2.6 Posteriormente, en un tiempo récord se profirió un auto frente a una solicitud de fecha 18 de enero de 2019, puesto que al día siguiente de que la demandante manifestara una inconformidad con la actuación disciplinaria, orientada a la imposibilidad de acceder al expediente, el operador muy eficientemente respondió a los cuestionamientos elevados por esta.

1.2.7 El 31 de enero de 2019, se profirió auto de citación audiencia disciplinaria, en el cual se omitió resolver la solicitud probatoria de carácter testimonial elevada por la demandante en la etapa preliminar - versión libre-; sin embargo, ordenó la suspensión provisional de la disciplinada por el termino de tres (3) meses y se valoraron elementos de pruebas obtenidos irregularmente, es decir, vulnerando derechos fundamentales.

1.2.8 La suspensión provisional por el término de tres (3) meses, se llevó a cabo a partir del 31 de enero de 2019.

1.2.9 El 4 de febrero de 2019, se remitió copia escaneada del expediente No. 232/2018, al señor Defensor del Pueblo doctor Carlos Alfonso Negret Mosquera.

1.2.10 El 12 de febrero de 2019, se dio inicio a la audiencia de juicio oral disciplinario en contra de la demandante; no obstante, en aquella oportunidad solo se dio lectura al auto de citación audiencia disciplinaria, pasando por alto la estructura del procedimiento verbal establecido en el artículo 177 y ss de la Ley 734 de 2002.

1.2.11 Luego de haberse suspendido por 13 días la audiencia inicial, el 25 de febrero de 2019, se reanudó la misma y se dio paso a la etapa procesal de descargos y pruebas, para lo cual se le concedió el uso de la palabra a

la actora para dicho propósito.

1.2.12 Los días 7 y 8 de marzo de 2019, se dio paso a la etapa de pruebas testimoniales, practicándose los testimonios de los funcionarios José Eder Garzón, Viasney Blanco, Sandra Paola Ortiz, María Zulay Gómez Moya y Gustavo Eduardo González Carreño.

1.2.13 Posteriormente, se dio trámite a la audiencia de alegatos de conclusión, en la cual se presentaron los correspondientes argumentos defensivos, entre ellos, la solicitud de análisis de las pruebas vertidas al interior del proceso, que permitían establecer que no existió afectación alguna al deber funcional, como así fue exigido por el mismo legislador.

1.2.14 El 4 de abril de 2019, el juez primary tomó la decisión de fondo dentro del expediente de la referencia, imponiendo el correctivo disciplinario de suspensión del ejercicio del cargo e inhabilitar por el término de tres (3) meses, por haber "*probado*" el cargo contenido en los numerales 1º y 11 del artículo 34 de la ley 734 de 2002, así como numeral 1º del artículo 35 de la misma norma.

1.2.15 El 30 de abril de 2019, se profirió la sentencia que puso fin a la actuación, la cual fue notificada a la disciplinada, a través de correo electrónico el mismo día, fecha en la que estaba próxima a finalizar su periodo de suspensión provisional, aspecto que más que una coincidencia resultó efectivamente ser una sanción anticipada.

1.2.16 Como puede verse, el fallador de segunda instancia omitió dar aplicación al inciso séptimo del artículo 180 de la Ley 734 de 2002, según el cual: "*Antes de proferir el fallo, las partes podrán presentar alegatos de conclusión, para lo cual dispondrán de un término de traslado de dos (2) días, contados a partir del día siguiente al de la notificación por estado, que es de un día*".

1.2.17 A través de la Resolución No. 728 del 30 de mayo de 2019, se ejecutó la sanción disciplinaria impuesta a la actora, es decir, la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilitación especial por el término de tres (3) meses.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidos los artículos 2, 4, 6, 13, 21, 25, 29, 48 y 83 de la Constitución Política; 5, 6, 7, 11, 16, 18 y 19 de la Ley 1015 de 2006; 5, 6, 9, 13, 18, 19, 20, 21, 23, 28, 43, 47, 141, 142 y 163 del Código Disciplinario Único, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

2.1 Expedición irregular

Señaló que los fallos proferidos dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de la ahora demandante, fueron expedidos contrario a los postulados legales y constitucionales sobre el debido proceso.

Igualmente, en los hechos de la demanda, se señaló que los cargos endilgados a la disciplinada son excluyentes entre sí, pues el argumento principal para justificar la sanción que le fue impuesta, hace referencia única y exclusivamente al presunto incumplimiento de la “*jornada laboral*”, es decir, a lo contenido del numeral 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, pues no se hizo referencia a los verbos rectores aplicables.

2.2 Infracción de las normas en que deberían fundarse

Sostuvo que en las actuaciones llevadas a cabo dentro del proceso disciplinario se utilizó de forma irregular el procedimiento verbal y ordinario, creando un proceso mixto contrario a la ley.

Ahora bien, en los hechos de la demanda se señaló que una vez notificada la disciplinada sobre la suspensión provisional por el termino de tres (3) meses, lo procedente era dar aplicación al artículo 157 de la Ley 734 de 2002; sin embargo, dicha disposición se pasó por alto, dado que hasta el 4 de febrero de 2019, el fallador de primera instancia remitió copia escaneada del expediente al señor Defensor del Pueblo, pretendiendo, incluso, fechar el oficio del día 31 de febrero de 2019, la cual no existe en el calendario mundial.

Igualmente, refirió que el trámite de suspensión provisional llegó el 4 de febrero de 2019, al Despacho del señor Defensor del Pueblo, en segunda instancia, razón por la cual el proceso debió permanecer en secretaría hasta el día 7 de febrero de la misma anualidad y, en consecuencia, la consulta debió resolverse como máximo el 21 de febrero de la misma vigencia; no obstante, solo hasta el 22 de marzo de 2019, se expidió una decisión de fondo sin que este fuera notificado en debida forma, pues la providencia apareció en el expediente el 26 de marzo del referido año, es decir, más de un mes después de haber fenecido los términos otorgados para tal efecto.

En ese sentido, adujo que el término previsto para resolver en segunda instancia fue vulnerado por el Defensor del Pueblo, quien superó los 15 días contenidos en el artículo 180 de la Ley 734 de 2002, circunstancia que trasgredió el debido proceso constitucional que le asistía a la demandante, especialmente el principio de seguridad jurídica.

De otro lado, señaló que no se dio aplicación a lo contenido en el inciso séptimo del artículo 180 de la Ley 734 de 2002, según el cual: *"Antes de proferir el fallo, las partes podrán presentar alegatos de conclusión, para lo cual dispondrán de un término de traslado de dos (2) días, contados a partir del día siguiente al de la notificación por estado, que es de un día."*

2.3 Desviación de poder a través de las decisiones proferidas dentro del proceso disciplinario

Manifestó que en el proceso disciplinario se debía demostrar que la servidora pública atentó y faltó a su deber funcional (ilicitud sustancial); sin embargo, los elementos probatorios existentes en el proceso no otorgan de manera razonable, la posibilidad de endilgarle una conducta reprochable determinada.

Adujo que por mandato legal, en el proceso disciplinario se debió buscar con la misma dedicación los elementos probatorios que demuestren tanto la responsabilidad como la inocencia, pero contrario a ello y haciendo uso arbitrario del poder que se le otorga, esta obligación fue olvidada y por el

contrario se desvió para lograr un fin perseguido sin las pruebas necesarias, cuál era la suspender a la demandante.

Así mismo, en los hechos que sustentan las pretensiones, indicó que el fallador primario no realizó el análisis como en derecho correspondía, de manera amplia, imparcial y aplicando criterios de sana crítica y reglas de experiencia

Indicó que, mediante auto del 2 de octubre de 2018, el fallador de primera instancia decretó como medio probatorio de oficio la *"visita y/o inspección especial a documentos"*, designando para su práctica al doctor José Jacinto Palomino Padilla, funcionario de la misma oficina de control disciplinario, quien, mediante *"solicitud de reasignación"* manifestó la causal de impedimento contenida en el numeral 5° del artículo 84 de la Ley 734 de 2002, debido a la existencia de una amistad íntima con la disciplinada y su esposo el señor Xavier Restrepo; sin embargo, el operador disciplinario le ordenó al referido funcionario que llevara a cabo las actuaciones a su cargo, situación que se torna irregular.

Aludió que en el proceso disciplinario obra auto, a través del cual se trasladó una prueba documental al expediente disciplinario de la aquí demandante (232/2018), actuación que se surtió debido al conocimiento privado que tenía el juez, sobre el proceso No. 230/2018, incumpléndose lo previsto en el artículo 135 de la Ley 734 de 2002, en la medida que no existió la autorización de copias, trasgrediendo el derecho al debido proceso que le asistía a la disciplinada, especialmente, en consideración a que los argumentos esbozados en la diligencia testimonial trasladada, no fueron objeto de controversia en la oportunidad procesal correspondiente, como tampoco tenía relación con las fechas y horas cuestionadas; no obstante, se utilizó en su contra.

Manifestó que el día 26 de octubre de 2018, la disciplinada radicó versión libre y espontánea, escrito en el cual solicitó que se decretaran los testimonios de los doctores Sandra Paola Ortiz, María Zulay Gómez y Nelson Trujillo Galindo y se aportó una documental; sin embargo, trascurrieron más de tres (3) meses y el Despachó guardó silencio frente a las citadas

pruebas, impidiéndole un ejercicio adecuado del derecho de defensa, contradicción y debido proceso.

Precisó que el 31 de enero de 2019, se profirió auto de citación audiencia disciplinaria, en el cual se advierte que: i) no se resolvió la solicitud probatoria de carácter testimonial elevada en la etapa preliminar - versión libre-, ii) se dispuso suspender provisionalmente a la disciplinada por el termino de tres (3) meses y iii) se valoraron elementos de pruebas obtenidos irregularmente, es decir, vulnerando derechos fundamentales.

Refirió que el 12 de febrero de 2019, se dio inicio a la audiencia de juicio oral, dando lectura al auto de citación audiencia disciplinaria y pasando por alto la estructura del procedimiento verbal, establecido en el artículo 177 y siguientes de la Ley 734 de 2002, donde de manera clara y detallada se indicó que se podía solicitar o aportar pruebas, las cuales debían ser practicadas en el término improrrogable de tres (3) días y si no fuere posible dentro de un término máximo de cinco (5) días.

Indicó que la disciplinada no tenía entre las funciones asignadas, las relativas a atender y orientar a los usuarios o internos, pues se encuentra nombrada en el Cargo Administrativo - Grado 10, el cual pertenece al Nivel Asistencial o Administrativo, el cual no está obligado a atender al público, como lo certificó la doctora Claudia Marcela Contreras Peña, Subdirectora de Gestión del Talento Humano.

Señaló que en el caso bajo estudio existe una exclusión de los cargos entre sí, pues los mismo pretenden hacer referencia al presunto incumplimiento de la jornada laboral, que no tuvo la entidad suficiente para afectar el deber funcional; además, no se realizó un análisis en el registro biométrico, el cual permitía establecer de un lado, que la intensidad horaria se superó y en otras oportunidades existía el permiso respectivo.

Finalmente, afirmó que el fallador disciplinario, en casos similares, tomó decisiones diferentes, lo que convierte el proceso adelantado en contra de la demandante en una actuación irregular, pues basta solo con escuchar la decisión adoptada en el proceso con radicado No. 241 de 2018, adelantado

en contra de la doctora Blanca Prieto Olaya, pues con las mismas pruebas y argumentos en el primer caso se absolvió a la investigada y en este se suspendió por el término de tres (3) meses, sanción que, entre otras cosas, resultó ser bastante desproporcionada.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la Defensoría del Pueblo, mediante escrito del 7 de julio de 2020, allegado vía correo electrónico el mismo día, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

3.1.1 Inexistencia de vicios que acarren la nulidad de los actos sancionatorios demandados: Señaló que la actuación disciplinaria inició en virtud del Memorando No. 018510 del 21 de agosto de 2018, suscrito por el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, que hace relación al incumplimiento del horario laboral y las inasistencias injustificadas de algunos servidores públicos, entre ellos, la hoy demandante, como Auxiliar Administrativo - Grado 10, por el periodo comprendido por los meses de junio, julio y hasta el 21 de agosto de 2018.

Manifestó que en ejercicio de la potestad disciplinaria, la Oficina de Control Interno Disciplinario le impuso a la demandante la sanción de suspensión de tres (3) meses en el ejercicio del cargo, actuación que se aduce violó los derechos de defensa, contradicción, debido proceso, trabajo y al mínimo vital y móvil.

En ese sentido, luego de citar jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y de la normatividad que regula la materia, manifestó que le corresponde al Despacho determinar si existe una incongruencia entre el cargo formulado a la demandante y la conducta por la cual fue sancionada, si se violó el principio de culpabilidad y si los actos demandados analizaron la conducta desplegada, respetando el principio de tipicidad y si se encontraba enmarcada en la violación de un deber funcional.

3.1.2 Innominada o genérica: Manifestó que, de conformidad con el principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez, lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos; por ende, si se encuentra probado algún medio exceptivo deberá reconocerse oficiosamente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Se advierte que las partes inmersas en el presente asunto no presentaron alegatos de conclusión y la señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1 PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de **inexistencia de vicios que acarren la nulidad de los actos sancionatorios demandados**, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero en ninguna manera impide resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción **genérica o innominada**, se advierte que no se encontraron medios exceptivos que deban ser declarados en oficio en este momento procesal.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. DEL PROCESO DISCIPLINARIO.

5.2.1.1. Memorando No. 018510 del 21 de agosto de 2018, por medio del cual el doctor Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo

Regional Bogotá, remitió al doctor Oscar Germán Martínez Rosales, Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno las planillas de control de horario de algunos servidores públicos, que incumplieron la jornada laboral, entre ellos la demandante.

5.2.1.2. Escrito (no es legible la fecha), a través del cual el señor José Jacinto Palomino Padilla, Profesional Especializado Grado 19 de la Oficina de Control Interno Disciplinario, solicitó que se comisione a otro profesional especializado para realizar la indagación/investigación a que haya lugar dentro del proceso disciplinario No. 232/2018.

5.2.1.3. Auto (no es legible la fecha), por medio del cual el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno resolvió la solicitud de reasignación deprecada, señalando lo siguiente:

“(…)

El Dr. JOSE JACINTO PALOMINO PADILLA, profesional especializado grado 19, adscrito a esta Oficina de Control Interno Disciplinario, mediante escrito de la fecha solicita sea reasignado el presente asunto a otro funcionario, para lo cual argumenta que a pesar de no estar incurso en causal de impedimento, considera saludable atendiendo el vínculo de amistad con el cónyuge de la posible implicado en el sub examen, para garantizar la transparencia y ecuanimidad de la actuación, sea separado de su conocimiento, entre otros aspectos que expone.

Ciertamente, advierte el Despacho que no estamos frente a una declaratoria de impedimento, pero si es evidente la intención del Profesional Especializado, salvaguardar el buen nombre no solo de esta dependencia sino del suyo propio, por ello, se accederá a su solicitud y en consecuencia, será reasignado el presente asunto, disponiendo que sea asumido por la Dra. SANDRA JOHANNA SOCARRAS QUINTERO – Profesional Especializada Grado 18.

(…)”

5.2.1.4. Auto del 6 de septiembre de 2018, mediante el cual el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, profirió auto de indagación preliminar contra la servidora pública Jenny Paola Castillo Trujillo, con el objeto de indagar los hechos puestos en su conocimiento a través del memorando referido precedentemente y decretó medios probatorios, comisionando para tal efecto, a la doctora Sandra Johanna Socarrás Quintero.

5.2.1.5. Auto del 2 de octubre de 2018, por medio del cual se comisionó al señor José Jacinto Palomino Padilla, Profesional Especializado Grado 19 de la Oficina de Control Interno Disciplinario, para practicar la especial y/o

inspección especial a documentos que se reposan en la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá.

5.2.1.6. Acta de visita especial y/o inspección especial a documentos realizada el 5 de octubre de 2018, a la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá, dentro de la indagación preliminar No. 232/2018, por el señor José Jacinto Palomino Padilla, Profesional Especializado Grado 19 de la Oficina de Control Interno Disciplinario.

5.2.1.7. Memorando No. 810522 del 9 de octubre de 2018, por medio del cual la Subdirectora de Gestión de Talento Humano de la Defensoría del Pueblo allegó al proceso disciplinario de la referencia, entre otros, la certificación donde consta el cargo, grado, funciones, dependencia y periodo laborado por la investigada y los permisos que solicitó, por los siguientes periodos:

“(…)

PERMISOS: para el periodo solicitado presentó las siguientes solicitudes:

- ❖ Solicitud permiso compensatorio radicado el 7 de junio de 2018.
- ❖ Solicitud permiso compensatorio radicado el 19 de junio de 2018.
- ❖ Respuesta permiso compensatorio
- ❖ Solicitud permiso compensatorio radicado el 27 de junio de 2018.
- ❖ Solicitud modificación permiso compensatorio radicado el 5 de julio de 2018
- ❖ Respuesta permiso compensatorio
- ❖ Solicitud permiso compensatorio radicado el 25 de julio de 2018.
- ❖ Respuesta permiso compensatorio
- ❖ Solicitud permiso remunerado radicado el 25 de julio de 2018.
- ❖ Respuesta permiso remunerado

(…)”.

5.2.1.8. Auto del 24 de octubre de 2018, por medio del cual se incorporó como medio probatorio al proceso disciplinario adelantado en contra de la aquí demandante, la declaración juramentada rendida por el Doctor Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo Regional Bogotá, dentro del proceso 230/2018, en aras de preservar los principios de economía procesal, debido proceso, defensa y contradicción que le asiste a los sujetos procesales.

5.2.1.9. Constancia secretarial del 24 de octubre de 2018, suscrita por la señora Martha Johanna Motta Cruz, respecto a la incorporación de la prueba señalada en el numeral anterior.

5.2.1.10. Declaración juramentada rendida por el Doctor Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo Regional Bogotá, dentro del proceso 230/2018, relativo a los hechos que originaron el Memorando No. 018510 del 21 de agosto de 2018.

5.2.1.11. Versión libre y espontánea rendida por escrito el 26 de octubre de 2019, a través de la cual la disciplinada se pronunció sobre los hechos que dieron origen a la investigación disciplinaria adelantada en su contra y solicitó que se decretaran los testimonios de los señores Sandra Paola Ortiz Muriel, María Zulay Gómez y el doctor Nelson Trujillo Gordillo, quienes podrían declarar sobre el cumplimiento de sus funciones. Igualmente, allegó pruebas documentales.

5.2.1.12. Auto del 18 de enero de 2019, por medio del cual la Oficina de Control Disciplinario Interno pone en conocimiento de la disciplinada las actuaciones llevadas a cabo dentro del proceso adelantado en su contra, dada la manifestación que efectuó, en torno a no tener acceso al expediente, señalando lo siguiente:

“(…)

Una vez se hace una reseña exacta de la presente actuación, de bulto se advierte que la afirmación de la disciplinada no solo es descomedida con autoridad disciplinaria, endilgándole a la OCID que se le están cercenando sus derechos inherentes, cuando la realidad procesal, demuestra que activamente ha intervenido en la construcción del encuadramiento y que se le ha venido comunicando en forma debida cada paso procesal para que pueda enarbolar correctamente su defensa.

En este paginario, por el contrario la disciplinada ha sido dinámica en su participación y no hay elemento probatorio alguno en el que conste dentro del proceso que se le haya pretermitido el derecho a acceder a su actuación, máxime que las actuaciones/pruebas que se han incorporado están respaldadas por la estrictez jurídica. Sin olvidar que en el evento que el proceso este ante el Despacho para decidir, obviamente no se podría ponerlo inmediatamente a disposición del sujeto procesal, cada oportunidad que lo requiera afectando el normal desarrollo del impulso procesal, tal como se sabe en la judicatura y en el derecho administrativo pues es una situación procesal excepcional reglada.

(…)”

5.2.1.13. Declaración rendida el 21 de enero de 2019, por el doctor Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo Regional Bogotá, dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de la aquí demandante, diligencia en la que la funcionaria estuvo presente junto con su apoderado de confianza, a quien se le reconoció personería, mediante auto del 21 de enero de 2019 y se le otorgó la facultad de interrogar al declarante.

5.2.1.14. Auto del 31 de enero de 2019, a través del cual se resolvió: i) citar a la investigada a la audiencia verbal, ii) tener como medios probatorios las documentales aportadas al expediente, iii) escuchar en versión libre a la ahora demandante, iv) suspender por el término de tres (3) meses a la servidora pública, v) consultar la decisión ante el Defensor del Pueblo, entre otros.

5.2.1.15. Memorando del 31 de enero de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Gestión de Talento Humano de la Defensoría del Pueblo le comunicó a la disciplinada que se ordenó la suspenderla provisionalmente, por el término de tres (3) meses, a partir del 1 de febrero de 2019 hasta el 30 de abril de la misma anualidad.

5.2.1.16. Oficio signado 31 de febrero de 2019, pero con sello de la Oficina de Control Disciplinario interno del **4 de febrero de 2019**, mediante el cual se remitió al doctor Carlos Alfonso Negret Mosquera, Defensor del Pueblo, de forma escaneada, el proceso disciplinario adelantado en contra de la demandante, con el objeto que se surta el grado de consulta de la decisión de la suspensión provisional decretada.

5.2.1.17. Constancia secretarial del 7 de febrero de 2019, por medio de la cual la señora Angy Tatiana Gómez Herrera, Auxiliar Administrativo – Grado 10 de la Oficina de Control Interno Disciplinario, certificó las razones por las cuales el oficio señalado anteriormente se le incorporó como fecha “31” de febrero de 2019.

5.2.1.18. Acta y medio magnético contentivos de la audiencia verbal llevada a cabo el 12 de febrero de 2019, en los cuales se evidencia que la disciplinada fue exhortada a que rindiera su versión de los hechos, aportara y solicitara la práctica de pruebas, en ejercicio de su derecho de defensa, de conformidad con lo preceptuado en la Ley 177 de 2002 y se suspendió la audiencia, para llevarse a cabo el 25 de febrero de 2019.

5.2.1.19. Acta y medio magnético contentivos de la continuación de la audiencia verbal señalada en el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, la cual se celebró el 25 de febrero de 2019, decretando, entre otros aspectos, las pruebas deprecadas por la disciplinada. Igualmente, se ordenó a la Subdirección de Gestión de Talento Humano de la Defensoría del Pueblo,

los reportes de sistema biométrico de la funcionaria, las planillas de ingresos y salidas y un informe sobre las situaciones administrativas en las que se vio inmersa.

5.2.1.20. Planillas de Control de Permiso Personal por Horas, expedidas por la Defensoría de Pueblo y certificaciones de atención médica realizada a la disciplinada.

5.2.1.21. Memorando No. 003819 del 26 de febrero de 2019, por medio del cual el doctor Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo Regional Bogotá, le remitió a la Oficina de Control Disciplinario Interno copia del reporte del sistema biométrico del 1 de agosto de 2018 al 31 de enero de 2019, correspondiente a la disciplinada.

5.2.1.22. Acta de reanudación de la audiencia contenida en el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, llevada a cabo el 7 de marzo de 2019 y en la cual se dejó constancia de la realización de la audiencia de testimonios de los señores José Eder Garzón, Viasney Blanco y Sandra Ortiz.

5.2.1.23. Acta de reanudación de la audiencia contenida en el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, llevada a cabo el 8 de marzo de 2019, en la cual se dejó constancia de la recepción de los testimonios de los señores Gustavo Eduardo González Carreño, Luz Mireya Ávila Rubiano y María Zulay Gómez Moya, audiencia que se suspendió para reanudarla el 20 de marzo de 2019, con el objeto de escuchar los alegatos de conclusión de la defensa.

5.2.1.24. Memorando del 6 de mayo de 2019, a través del cual la Subdirectora de Gestión de Talento Humano le remitió a la Oficina de Control Disciplinario Interno la siguiente documental:

“(…)

- Reporte sistema biométrico para los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2018 y enero de 2019.
- PERMISOS: para el periodo solicitado presentó las siguientes solicitudes:
 - ❖ Solicitud permiso compensatorio radicado el 25 de julio de 2018.
 - ❖ Respuesta permiso compensatorio
 - ❖ Solicitud permiso remunerado radicado el 25 de julio de 2018.
 - ❖ Respuesta permiso remunerado
- VACACIONES: para el periodo solicitado presentó las siguientes solicitudes:
 - ❖ Solicitud de vacaciones radicada el 2 de agosto de 2018.
 - ❖ Resolución de vacaciones No 1050 del 19 de septiembre de 2018.

Así mismo me permito informar que una vez revisados los archivos de esta Subdirección se constató, que la funcionaria en mención, no presentó situaciones administrativas como licencias, comisiones, incapacidades para los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2018 y enero de 2019.

(...)"

5.2.1.25. Acta y medio magnético contentivos de la continuación de la audiencia contenida en el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, llevada a cabo el 20 de marzo de 2019, en la cual se escucharon los alegatos de conclusión del apoderado que representa los intereses de la disciplinada.

5.2.1.26. Auto del 22 de marzo de 2019, por medio del cual el Defensor del Pueblo confirmó el auto proferido el 31 de enero de 2019, donde se ordenó la suspensión provisional de la demandante.

5.2.1.27. Acta de continuación de la audiencia, contenida en el artículo 178 de la Ley 734 de 2002, llevada a cabo el 4 de abril de 2019, por medio de la cual se dictó fallo de primera instancia dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de la demandante, declarando probado y no desvirtuado el cargo formulado a la señora Jenny Paola Castillo Trujillo y, en consecuencia, se le impuso como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, por el término de tres (3) meses.

5.2.1.28. Fallo de segunda instancia proferido el 30 de abril de 2019, por el Defensor del Pueblo, a través del cual se confirmó la decisión adoptada el 4 de abril de la misma anualidad y, en consecuencia, se confirmó la sanción que le fue impuesta a la aquí demandante.

5.2.1.29. Resolución No. 728 del 30 de mayo de 2019, por medio de la cual se hizo efectiva la sanción impuesta a la demandante, dentro del proceso disciplinario No. 282 de 2018, en su condición de Auxiliar Administrativa – Grado 10, adscrita a la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá, D. C., consistente en sanción de suspensión en el ejercicio de su cargo por el término de tres (3) meses, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 734 de 2002 y en el artículo segundo, se declaró que la referida sanción fue cumplida por parte de la disciplinada.

5.2.2. OTRAS DOCUMENTALES.

5.2.2.1. Comunicación del 26 de marzo de 2019, por medio de la cual la Subdirectora de Gestión de Talento Humano de la Defensoría del Pueblo le informó al señor John Harvey Monroy León, Auxiliar Administrativo – Grado

10, la asignación realizada por el Defensor Regional de Bogotá a los funcionarios que ejercen dicho cargo.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia del 18 de marzo de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si los actos administrativos acusados, adolecen de los vicios de nulidad por expedición irregular, infracción de las normas en que debían fundarse, desviación de poder y vulneración del derecho al debido proceso, al haberse desconocido los preceptos legales del procedimiento contenido en la Ley 734 de 2002 y al omitirse una adecuada valoración probatoria, dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de la actora.

Para ello, el Despacho analizará las censuras expuestas por la parte demandante en el acápite de concepto de la violación, frente a la normatividad que se alude transgredió la entidad demandada en el transcurso del proceso disciplinario. Veamos:

5.3.1. Expedición irregular de los actos administrativos acusados

Sostuvo el apoderado de la actora que los cargos que le fueron endilgados son excluyentes entre sí, pues el argumento principal para justificar la sanción que le fue impuesta, hace referencia única y exclusivamente al presunto incumplimiento de la “*jornada laboral*”, es decir, a lo contenido del numeral 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, pues no se hizo referencia a los verbos rectores aplicables.

Al respecto, el artículo 4º de la Ley 734 de 2002 “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, señaló:

“Artículo 4º. *El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente **por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización**” -resaltado fuera del texto-*

Por su parte, el artículo 23 *ejusdem*, consagró:

“Artículo 23. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, **la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, exlimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento**” -negrita del Despacho-.

De la normatividad en cita, se concluye que el servidor público, como es el caso de los funcionarios o empleados de la Defensoría del Pueblo, que sean investigados disciplinariamente por las conductas que cometan, solo podrán ser sancionados por las faltas que se encuentren tipificadas como tales, **siempre que estos las realicen** y se presumirán inocentes hasta que no se declare legalmente su responsabilidad en fallo ejecutoriado, tal como lo preceptúa el artículo 9° de la Ley 734 de 2002.

Ahora bien, sea lo primero señalar que se encuentra debidamente acreditado que la investigación disciplinaria adelantada en contra de la señora Jenny Paola Castillo Trujillo tuvo su génesis en el Memorando No. 018510 del 21 de agosto de 2018, por medio del cual el doctor Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo Regional Bogotá, remitió al doctor Oscar Germán Martínez Rosales, Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, las planillas de control de horario de algunos servidores públicos, entre ellos, la demandante, en las cuales, se aducía, se evidenciaba el cumplimiento a su jornada laboral.

Sobre el particular, de los fallos proferidos el 4 de abril de 2019 y el 30 de abril de la misma anualidad, por la Oficina de Control Disciplinario Interno y el Defensor del Pueblo - *respectivamente*, se establece que los cargos imputados a la disciplinada, se encuentran descritos en los numerales 1° y 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, los cuales a la letra dicen:

“ARTÍCULO 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. **Cumplir** y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, **los reglamentos y los manuales de funciones**, las decisiones

judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

(...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales". (Resaltado fuera del texto).

Igualmente, se relacionó que se incurrió en la prohibición consagrada en el numeral 1º del artículo 35 *ibídem*, según el cual:

“ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los **reglamentos y los manuales de funciones**, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo". (Negrita del Despacho).

Sobre el particular, para esta Juzgadora la conducta desplegada por la hoy demandante se encuentra enmarcada en el verbo rector **INCUMPLIR**, lo que se traduce en “No cumplir algo”¹, el cual, para constituirse en falta grave, se perfecciona con la omisión en el acatamiento de los reglamentos y manuales de funciones, así como de la prestación del servicio en la jornada laboral, sobre los cuales se analizó la conducta que fue objeto de reproche a la disciplinada.

En efecto, en el fallo de primera instancia se precisó:

*“De lo expuesto, se evidencia que durante los meses de junio, julio y agosto de 2018, en las fechas especificadas con anterioridad, la disciplinada **incumplió** con el horario laboral establecido en la Entidad, sin contar con justificación alguna, como se evaluó anteriormente ni tampoco dio aviso de forma oportuna a su superior inmediato sobre sus llegadas tardes; continuando con el incumplimiento del horario laboral, después de los meses inicialmente descritos hasta el 21 de enero del 2019, fecha en la que el Defensor del Pueblo Regional Bogotá en su declaración juramentada afirmó tal situación. Por lo que teniendo en cuenta dicho comportamiento que realmente se reprocha sobre la falta de compromiso de quien ostenta la calidad de servidor público; es que fue llamada a responder disciplinariamente la funcionaria JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO; por lo expuesto este Despacho al obtener certeza de su responsabilidad, debe imponer las consecuencias jurídicas*

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua

correspondientes”

Igualmente, en el acápite de **“ESTRUCTURA DE LA FALTA”**, en el numeral donde se analizó la **“TIPICIDAD ILÍCITO SUSTANCIAL”**, se determinó que la conducta desplegada por la ahora demandante y por la cual fue llamada a responder disciplinariamente, se concreta en **incumplir** el horario laboral establecido por la Defensoría del Pueblo en el citado acto administrativo, quién continuaba incumpliendo con su deber, según la declaración juramentada del Defensor del Pueblo, la verificación que se realizó del reporte del sistema biométrico para los días 23, 27, 29 y 30 de agosto; 4, 5, 6, 12 y 13 de septiembre; 4 de octubre; 1 y 8 de noviembre; 6 de diciembre, todos de 2018 y 10 de enero de 2019, señalando que no acató los deberes a su cargo y se encontró incurso en las prohibiciones señaladas en la referida normatividad como falta disciplinaria, lo que originó la sanción que le fue impuesta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 734 de 2002.

Por su parte, el Defensor del Pueblo en el fallo de segunda instancia, analizó tanto la conducta como la tipicidad desplegada por la funcionaria Castillo Trujillo, determinando que desconoció el horario laboral fijado por la entidad, yendo en contra de los reglamentos internos y, en consecuencia, incurrió en la falta disciplinaria imputada, al desconocer los deberes propios de la condición de servidora pública, quién ostentaba la carga de darle cabal cumplimiento al horario fijado.

En virtud de lo expuesto, contrario a lo manifestado por el apoderado de la actora, se evidencia que en la sentencia de primera instancia se señaló expresamente el criterio orientador de la falta endosada a la demandante, el hecho generador de la sanción, el verbo rector del tipo disciplinario, el condicionamiento del mismo y su trasgresión a la Ley, aspectos que fueron analizados en segunda instancia, respecto de los argumentos expuestos por el apoderado de la disciplinada en el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión.

5.3.2. Infracción de las normas en que deberían fundarse

El apoderado de la actora, afirmó que no se cumplió con el término previsto en el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, toda vez que, hasta el 4 de febrero de 2019, el fallador de primera instancia remitió copia escaneada del expediente al señor Defensor del Pueblo, razón por la cual, el proceso debió permanecer en secretaría hasta el día 7 de febrero de la misma anualidad y, en consecuencia, la consulta debió resolverse como máximo el 21 de febrero de la misma vigencia; no obstante, solo hasta el 22 de marzo de 2019, se expidió una decisión de fondo sin que esta fuera notificada en debida forma, pues la providencia apareció en el expediente el 26 de marzo del referido año, es decir, más de un mes después de haber fenecido los términos otorgados para tal efecto.

En ese sentido, adujo que el término previsto para resolver en segunda instancia fue vulnerado por el Defensor del Pueblo, quien superó los 15 días contenidos en el artículo 180 de la Ley 734 de 2002, trasgrediendo con esto el debido proceso constitucional que le asistía a la demandante, especialmente el principio de seguridad jurídica.

Al respecto, el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, señaló:

“ARTÍCULO 157. Suspensión provisional. Trámite. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia.

El auto que decreta la suspensión provisional será responsabilidad personal del funcionario competente y debe ser consultado sin perjuicio de su inmediato cumplimiento si se trata de decisión de primera instancia; en los procesos de única, procede el recurso de reposición.

Para los efectos propios de la consulta, el funcionario remitirá de inmediato el proceso al superior, previa comunicación de la decisión al afectado.

Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, durante los cuales el

disciplinado podrá presentar alegaciones en su favor, acompañadas de las pruebas en que las sustente. Vencido dicho término, se decidirá dentro de los diez días siguientes.

Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.

PARÁGRAFO. Cuando la sanción impuesta fuere de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, para su cumplimiento se tendrá en cuenta el lapso en que el investigado permaneció suspendido provisionalmente. Si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicada provisionalmente, tendrá derecho a percibir la diferencia”.

De la normatividad en cita, se concluye que una vez se profiere el auto que decreta la suspensión provisional, deberá ser remitido al superior, con el objeto que se surta el grado de consulta, quien dispondrá que el expediente permanezca en Secretaría por el término de tres (3) días, durante el cual el disciplinado podrá presentar alegaciones y las pruebas que pretenda hacer valer y una vez fenecido dicho terminó, se decidirá si se confirma o revoca la decisión adoptada.

Ahora bien, de los documentos obrantes en el plenario se encuentra demostrado que, a través del Auto del 31 de enero de 2019, el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Defensoría del Pueblo, suspendió provisionalmente, por el término de tres (3) meses, a partir del 1° de febrero de 2019, del Cargo de Auxiliar Administrativo - Grado 10, a la funcionaria Jenny Paola Castillo Trujillo.

Igualmente, se evidencia que, por medio del Memorando del 31 de enero de 2019, la Subdirectora de Gestión de Talento Humano de la Defensoría del Pueblo le comunicó a la disciplinada que se ordenó suspenderla provisionalmente, por el término de tres (3) meses, a partir del 1 de febrero de 2019 hasta el 30 de abril de la misma anualidad.

Posteriormente, a través del Oficio No. signado “31” de febrero de 2019, pero con sello de la Oficina de Control Disciplinario interno del **4 de febrero de 2019**, se remitió al doctor Carlos Alfonso Negret Mosquera, Defensor del Pueblo, de forma escaneada, el proceso disciplinario adelantado en contra de la demandante, con el objeto que se surtiera el grado de consulta de la decisión de la suspensión provisional decretada.

Como puede verse, existe una inconsistencia en la fecha incorporada en el referido oficio, la cual fue aclarada por la señora Angy Tatiana Gómez Herrera, Auxiliar Administrativo – Grado 10 de la Oficina de Control Interno Disciplinario, quien, mediante constancia secretarial del 7 de febrero de 2019, certificó:

“(…)

En Bogotá D.C. a los 7 días del mes de febrero de 2019, siendo las 4:50 p.m., la suscrita funcionaria deja constancia dentro del expediente 232/18 por un lapsus en el oficio 1040 - 0372 quedó con fecha 31 de febrero de 2019 siendo 1 de febrero de 2019.

(…)”

Ahora bien, de la constancia secretarial expedida el 1 de febrero de 2019, por la Secretaría de la Oficina de Control Interno Disciplinario, se advierte que la demandante se hizo presente, con el propósito de obtener copias del proceso disciplinario.

En ese sentido, se concluye que de forma diligente la Oficina de Control Interno Disciplinario remitió al Defensor del Pueblo el expediente disciplinario para que se surtiera el grado de consulta, dado que la sanción impuesta a la hora demandante tuvo lugar el 31 de enero de 2019, por lo que solo transcurrió un día hábil² (en el cual la disciplinada tuvo acceso al expediente), entre dicha fecha y el día en que el proceso fue recibido por el superior, esto es, 4 de febrero del mismo año.

De otro lado, obra el escrito del 11 de febrero de 2019, por medio del cual el apoderado que representaba los intereses de la disciplinada alegó de conclusión y a través de Auto del 22 de marzo de dicha anualidad, el Defensor del Pueblo confirmó el auto proferido el 31 de enero de 2019, donde se ordenó la suspensión provisional de la demandante, actuación que se remitió por correo electrónico a la Oficina de Control Interno Disciplinario, el 26 de marzo de la misma anualidad.

En ese sentido, si bien la decisión que resolvió el grado de consulta se

² Viernes 1 de febrero de 2019

profirió el 22 de marzo de 2019, superando el término consagrado en el artículo 157 de la Ley 157 de 2002, lo cierto es que dicha circunstancia en momento alguno atentó contra el debido proceso que le asistía a la demandante, como tampoco el principio de seguridad jurídica, pues la decisión adoptada se fundamentó en los medios probatorios recaudados en el proceso, aplicando la normatividad que regulaba el caso particular y concreto de la disciplinada, así como la conducta reprochada, señalando, entre otros aspectos, lo siguiente:

“En consideración a lo expuesto, para el despacho existe material probatorio que permite concluir que la permanencia en el cargo de la disciplina podría derivar en la reiteración de la conducta reprochada, por lo que resulta necesaria la medida adoptada por la oficina de control disciplinario en aras de garantizar el debido funcionamiento de la Administración pública”.

Por otra parte, el apoderado de la actora señaló que el fallador de segundo grado no dio aplicación a lo contenido en el inciso séptimo del artículo 180 de la Ley 734 de 2002, toda vez que no se le concedió la oportunidad de presentar alegatos de conclusión.

Sobre el particular, el artículo 92 de dicha disposición legal, preceptuó:

“ARTÍCULO 92. Derechos del investigado. Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

(...)

8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia”.

A su turno, el artículo 180 *ejusdem*, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, frente al recurso de apelación, indicó:

“ARTÍCULO 180. Recursos. Artículo modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011.

(...)

*El recurso de apelación cabe contra el auto que niega pruebas, contra el que rechaza la recusación y **contra el fallo de primera instancia, debe sustentarse verbalmente en la misma audiencia, una vez proferido y notificado el fallo en estrados. Inmediatamente se decidirá sobre su otorgamiento.***

(...)

Las decisiones de segunda instancia se adoptarán conforme al procedimiento escrito.

(...)

En caso de revocarse la decisión que negó la práctica de pruebas, el ad quem las decretará y practicará. También podrá decretar de oficio las que estime necesarias para resolver el fondo del asunto, debiendo garantizar el derecho de contradicción.

Antes de proferir el fallo, las partes podrán presentar alegatos de conclusión, para lo cual dispondrán de un término de traslado de dos (2) días, contados a partir del día siguiente al de la notificación por estado, que es de un día.

El ad quem dispone de diez (10) días para proferir el fallo de segunda instancia. Este se ampliará en otro tanto si debe ordenar y practicar pruebas”. (Negrita del Despacho).

De la normatividad en cita se concluye que, si bien el artículo 92 de la Ley 734 de 2002, estableció que el sujeto disciplinado tiene el derecho a presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia, lo cierto es que al tenor de lo regulado en el inciso 7° del artículo 180 *ejusdem*, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, también cuenta con la oportunidad para alegar en segunda instancia, con el propósito de que exponga los fundamentos de hecho y de derecho sobre los cuales considera se presentan los defectos jurídicos o fácticos del fallo de primera instancia.

Ahora bien, el apoderado que representa los intereses de la entidad demandada al momento de pronunciarse sobre los hechos del libelo, refirió que, según lo “*determinado por la Procuraduría General de la Nación en pronunciamiento de la Procuraduría Primera para la Vigilancia Administrativa*”, el término contenido en la referida disposición legal debe analizarse en su integridad, así:

“Adviértase que el inciso sexto del artículo 180 de la ley 734 de 2002, conforme la actual redacción de la ley 1474 de 2011, se precisa que en la segunda instancia es factible adelantar una fase de práctica de pruebas. En tal virtud, si esta especial hipótesis legislativa llega a actualizarse, No cabe duda que los supuestos fácticos, legales y probatorios tomados en consideración al dictarse el fallo de primer grado, Pueden resultar sustancialmente alterados.

*Por tanto, resulta justificado que ante eventualidad semejante se faculte al sujeto procesal apelante para que durante ese traslado en segunda instancia amplíe, modifique, e incluso varíen su integridad los reclamos inicialmente presentados por vía de apelación, **conforme lo indiquen los nuevos elementos de prueba**. De no emitirse en este caso tal concreta actividad, en la práctica se estaría haciendo nugatorio el acceso a la segunda instancia, pues estaría impidiendo al recurrente controvertir*

la totalidad de los elementos de convicción allegados en forma legal y oportuna al proceso.

Sin embargo, como en el presente trámite no hubo necesidad de esta fase probatoria en segunda instancia, no hay una razón jurídicamente entendible para permitir que el recurrente desborde los fundamentos de su recurso de alzada”

Por su parte, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, mediante sentencia del 18 de noviembre de 2020³, señaló:

“...¿La irregularidad procesal presentada en el trámite disciplinario de segunda instancia vulneró el debido proceso y derecho de defensa del demandante?

(...)

Sobre el asunto, la Sala de Subsección advierte que el artículo 143 de la Ley 734 de 2002 dispone que son causales de nulidad en el proceso disciplinario las siguientes:

- «1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.
2. **La violación del derecho de defensa del investigado.**
3. **La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.**

PARÁGRAFO. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.»

(...)

En punto al tema, se debe aclarar que no toda irregularidad procesal genera nulidad pues se exige que sea sustancial, esto es, que efectivamente transgreda el derecho al debido proceso de la parte interesada, para el caso, del señor JAIRO ORLANDO MARTÍNEZ SÁNCHEZ.

Sobre el asunto, esta Sala de Subsección en sentencia del 17 de mayo de 2018⁴, precisó:

«[...]

Sin embargo, esta Corporación quiere reiterar lo que ha sido una posición consolidada desde hace un importante tiempo, en el sentido de que **no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera por sí sola la nulidad de los actos administrativos sancionatorios**, toda vez que lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso, o de la presunción de inocencia, es decir, **solo las irregularidades sustanciales o esenciales, que implican**

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 25000-23-42-000-2013-00654-01(1259-18), Actor: Jairo Orlando Martínez Sánchez, demandado: Ministerio De Defensa Nacional-Policía Nacional

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 17 de mayo de 2018. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00585-01(3623-14). Actor: GLORIA AMPARO CLAROS MEJÍA.

violación de garantías o derechos fundamentales, acarrear la anulación de los actos sancionatorios.

[...]» **Destacado fuera del texto.**

Dicho de otra manera, la irregularidad debe tratarse de un vicio irremediable que afecte la finalidad fundamental del proceso, es decir, la prevalencia de la justicia, la búsqueda de la verdad material, la efectividad del derecho sustantivo y la materialización de los derechos y garantías de las personas que intervienen en la actuación.

Bajo el contexto expuesto, al descender al caso en concreto, la Sala de Subsección evidencia que, **en efecto, de las piezas procesales allegadas al expediente, en el trámite de segunda instancia la Inspección Delegada Especial MEBOG, no corrió traslado para alegar de conclusión** al señor JAIRO ORLANDO MARTÍNEZ SÁNCHEZ.

Visto lo anterior, es necesario examinar si esta irregularidad procesal es sustancial en la medida que vulneró o no las garantías fundamentales del demandante.

(...)

Según la norma, esta etapa ocurre una vez presentado el recurso de apelación en la audiencia verbal en la que se dicta la decisión de primera instancia, luego de lo cual, se da el traslado para alegar por el término de dos días a las partes y posteriormente se profiere la decisión de segunda instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala de Decisión, en el subexamine la omisión del operador disciplinario en dar traslado para alegar durante el trámite de segunda instancia no configuró una irregularidad sustancial por cuanto (i) no existían pruebas nuevas sobre las que pudiese pronunciarse el interesado que convirtieran esta etapa procesal en un momento sustancial de defensa, (ii) el apoderado del demandante en el recurso de apelación contra la decisión disciplinaria de primera instancia reiteró las razones expuestas en los descargos y los alegatos de conclusión manifestados en dicho trámite y (iii) guardó silencio en este aspecto a pesar que podía formular la nulidad según lo indicado en el artículo 146 del CDU.

(...)

En efecto, en el procedimiento verbal seguido por la entidad demandada, el señor Fredy Lancheros Lozano tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas con base en las cuales se le citó a la audiencia pública, solicitó nuevas pruebas, estuvo asistido por su abogada de confianza y, a través de ella, intervino en todas las etapas del proceso. A su vez, pudo manifestar las razones que consideró útiles para su defensa, presentó descargos, solicitó nulidades y alegó de conclusión, previo a que fuera emitida la decisión de primera instancia. Finalmente, el implicado hizo uso del recurso de apelación en el que contó con la oportunidad para expresar los motivos de inconformidad en relación con la sanción impuesta.

(...)

Corolario de lo anterior, para esta Sala la inobservancia del traslado para alegar de conclusión, en el caso analizado, no fue un aspecto trascendente que hubiera podido incidir en la decisión adoptada en sede de la segunda instancia. Lo anterior, porque los

argumentos que, según el demandante, habría podido hacer valer en los alegatos de conclusión, son los mismos que expuso la defensa en el recurso de apelación.

(...)

Bajo tal entendimiento, la Sala de Decisión concluye que la irregularidad evidenciada no tenía la trascendencia para que se declarara la nulidad de los actos administrativos demandados porque no afectó de forma sustancial los derechos fundamentales del demandante, quien tuvo la oportunidad a lo largo del proceso disciplinario de defenderse, contradecir las pruebas, presentar los recursos procedentes y quien guardó silencio respecto a dicha anomalía, por consiguiente, la Sala continuará con el análisis de los demás problemas jurídicos” (negrita y resaltado del Despacho).

De la jurisprudencia en cita, se desprende que se considera una irregularidad capaz de viciar de nulidad las decisiones de fondo que se tomen en el curso un procedimiento disciplinario, aquella que tenga la virtualidad de enervar el derecho al debido proceso que le asiste al sujeto investigado, en la medida que las demás anomalías, al no ser sustanciales, convalidan la actuación surtida.

En ese sentido, cuando en el curso del proceso, el disciplinante por su actividad ejerció la defensa de sus intereses, controvirtiendo el pliego de cargos, los medios probatorios e incluso la decisión de primera instancia, a través del recurso de apelación, no se puede predicar que en el caso de omitirse el término para alegar de conclusión, en segunda instancia, se contravenga el derecho de defensa que le asiste, siempre que, no se presenten nuevas pruebas o imputaciones que deban ser debatidos.

Descendiendo al caso bajo estudio, tenemos que en la sentencia de segunda instancia se plasmó la sustentación del recurso de apelación interpuesto por el defensor de la señora Jenny Paola Trujillo Castillo, la cual coincide con la narración expuesta en la audiencia llevada a cabo el 4 de abril de 2019, donde se dictó fallo de primera instancia.

En ese sentido, en el *sub examine*, tal como lo sostuvo la aludida Corporación Judicial, la omisión del operador disciplinario en dar traslado para alegar durante el trámite de segunda instancia **no configuró una irregularidad sustancial**, en la medida que no se apreciaron pruebas diferentes a las que ya había tenido la oportunidad de controvertir la disciplinada; amén, que en el recurso de alzada, se reiteraron los

argumentos expuestos en los alegatos de conclusión presentados por el defensor de la señora Jenny Paola Trujillo Castillo, con antelación a decidirse el grado de consulta de la sanción y el fallo de primera instancia.

5.3.3.Desviación de poder a través de las decisiones proferidas dentro del proceso disciplinario

El apoderado de la parte actora manifestó que en el proceso disciplinario se debía demostrar que la señora Jenny Paola Castillo Trujillo atentó y faltó a su deber funcional (ilicitud sustancial); sin embargo, los elementos probatorios existentes en el proceso no otorgan de manera razonable, la posibilidad de endilgarle una conducta reprochable determinada.

En primer lugar, advierte el Despacho que el artículo 5° Ley 734 de 2002, señala que la *“falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”*.

Por su parte, el artículo 128 *ejusdem*, señala:

“Artículo 128. Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.

A su vez, el artículo 129 de dicha normatividad, contempla:

“Artículo 129. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio.

Por su parte, el artículo 130 *ejusdem*, así:

“Artículo 130. Medios de prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales”.

A su vez, el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, indica:

“Artículo 141. Apreciación integral de las pruebas. *Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta”.* (Resaltado del Despacho).

A su turno, el artículo 142 *ibidem*, contempla:

“Artículo 142. Prueba para sancionar. *No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado”.*

Ahora bien, descendiendo al caso bajo estudio tenemos que verificado el acervo probatorio recaudado en el proceso disciplinario No. 232/2018, los sentenciadores de primera y segunda instancia no omitieron evaluar ninguna prueba que incidiera de manera determinante en su decisión, lo que conllevó a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad de la señora Jenny Paola Castillo Trujillo, respecto del incumplimiento de su deber.

En primer lugar, vale la pena mencionar que en el fallo de primera instancia la conducta censurada a la disciplinada se originó *"Por presuntamente" incumplir con el horario laboral establecido en la Defensoría del Pueblo, mediante la Resolución No. 2068 del 22 de diciembre de 2016, suscrita por el señor Defensor del Pueblo, que estipula como jornada laboral de lunes a viernes entre las 8:00 a.m. a 5:00 p.m.; por cuanto conforme a los registros del sistema de control de horario de la Entidad y la declaración juramentada rendida por el Doctor GUSTAVO EDUARDO GONZÁLEZ CARREÑO se evidencia su inobservancia de manera reiterada para los meses de junio, julio y agosto del 2018 hasta el mes de enero del 2019..."*.

En efecto, obra en el proceso disciplinario la Resolución No. 2068 del 22 de diciembre de 2016 *"Por la cual se modifica el artículo 1º de la Resolución No. 1038 del 7 de julio de 2016, que estableció la jornada laboral de la Defensoría del Pueblo"*, en cuyo artículo 1º, señaló:

“Artículo 1º. *Modificar el artículo 1 de la Resolución No. 1038 del 7 de julio de 2016, el cual quedará así:*

“Artículo 1. Jornada Laboral en el nivel central. Establecer como jornada laboral ordinaria en la Defensoría del Pueblo, en el nivel central – Bogotá, la comprendida de lunes a viernes con una intensidad diaria de ocho (8) horas, entre las 8:00 a.m. a 5:00 p.m. de manera continúa incluida una hora de almuerzo.

Parágrafo. *La responsabilidad en el cumplimiento del horario anteriormente establecido estará a cargo, exclusivamente, del superior inmediato de cada dependencia quien para el efecto deberá adoptar las medidas que considere procedentes.*

(...)

Igualmente, tendrá la obligación de reportar por escrito cualquier inasistencia injustificada del servidor público a su cargo así como los continuos incumplimientos de horario a la Subdirección de Gestión de Talento Humano, a más tardar dentro de los dos días siguientes a la ocurrencia del hecho”

(...)”

Igualmente, se recepcionó la declaración juramentada rendida por el Doctor Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo Regional Bogotá, el 21 de enero de 2019, relativo a los hechos que originaron el Memorando No. 018510 del 21 de agosto de 2018.

Así mismo, se aportaron al expediente disciplinario los memorandos, por medio de los cuales los doctores Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo Regional Bogotá y Claudia Marcela Contreras Peña, le remitieron a la Oficina de Control Disciplinario Interno copia del reporte del sistema biométrico del 1 de agosto de 2018 al 31 de enero de 2019, correspondiente a la disciplinada, documental que fue determinante para establecer el incumplimiento por parte de la disciplinada al horario laboral en que debía prestar sus servicios.

Al respecto, en el fallo de primera instancia, se señaló:

“(...)”

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00425-00*

La señora **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO** es llamada a responder por cuanto durante los días 1, 5, 13, 18 y 19 de junio, también el día 5 de julio de 2018 (Cita odontológica sin constancia), los días 11,17,24,25 y 27 de julio de 2018 y los días 1, 2, 3, 9 y 10 de agosto del 2018, incumplió el horario laboral establecido en la Defensoría del Pueblo, regulado en la Resolución No. 2068 del 22 de diciembre de 2016, que estipula la jornada de lunes a viernes entre las 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y conforme a los registros del sistema biométrico se evidencia su inobservancia, sumado a que en declaración juramentada del 21 de enero del 2019, rendida por el Defensor del Pueblo Regional Bogotá Doctor **GUSTAVO EDUARDO GONZÁLEZ CARREÑO** Jefe inmediato de la investigada, este afirma que la funcionaria **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, continuaba con el incumplimiento del horario laboral hasta la fecha es decir, el día 21 de enero del 2019. Como consecuencia de tal afirmación, se remitió mediante memorando 003819 del 26 de febrero del 2019, suscrito por el Defensor del Pueblo Regional Bogotá y el Memorando de fecha 6 de marzo del 2019 realizado por la Doctora **CLAUDIA MARCELA CONTRERAS PEÑA**, Subdirectora de Gestión del Talento Humano, el reporte del sistema biométrico de la servidora pública **SEÑORA CASTILLO TRUJILLO**, para los periodos de agosto del 2018 hasta enero del 2019.

Al examinar el sistema biométrico, se observa que la funcionaria **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, continuó con el incumpliendo al horario laboral sin justificación entre los días 23, 27, 29 y 30 de agosto 4, 5 6, 12, 13 y 21 de septiembre de 2018, 4 de octubre de 2018, 1 y 8 de noviembre de 2018 y los días

6 de diciembre de 2018 y 10 de enero del 2019, tal como se evaluará posteriormente. (Folios 342-352)

(...)"

De la misma forma, en el fallo proferido por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Defensoría del Pueblo, se analizaron las pruebas documentales que acreditaban las situaciones administrativas en que estuvo inmersa la actora, como también la justificación de algunas llegadas tarde a prestar sus servicios, así:

"(...)

Según información suministrada a esta Oficina por la Subdirectora de Gestión de Talento Humano¹ el día 29 de junio, la funcionaria se encontraba en permiso compensatorio por haber ejercido el derecho al voto, el día 17 de junio de 2018 figura con permiso de 4 horas por la tarde, con el visto bueno del superior inmediato doctor **GUSTAVO EDUARDO GONZÁLEZ CARREÑO**, Defensor Regional Bogotá y para el día 10 de agosto de 2018, el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, mediante memorando 003522 del 22 de febrero del 2019, recibido y radicado en esta oficina el 26 de del mismo mes y año, con No. 00409 (Folio 276), remite copia de la planilla de control personal por horas de la Regional en mención y en el que se puede observar anotación de funcionaria **JENNY PAOLA CASTILLO**, hora de salida 2:30 p.m, con justificación " *prueba de peinado*

y otros", pero en este caso no figura anotación por parte del superior inmediato, aprobando o negando dicho permiso.(Folio 281)

Por último, la Subdirección de Gestión de Talento Humano informó que una vez revisados los archivos de esa Subdirección se constató que la servidora pública **CASTILLO TRUJILLO**, no presentó situaciones administrativas como licencias, comisiones, ni vacaciones para los meses de junio julio y hasta el 21 de agosto de 2018 (Folio 30). Que mediante memorando del día 6 de marzo del 2019, la Subdirección de Gestión del Talento Humano, que la funcionaria **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, no presentó situaciones administrativas como licencias, comisiones e incapacidades para los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2018 y enero del 2019. Asimismo, informan que figura solicitud de vacaciones del 2 de agosto de 2018, con inicio del disfrute el día 8 de octubre de la misma anualidad. (Folios 344 y 358)

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00425-00*

Igualmente, se logró establecer que la disciplinada, **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO** ingresó a laborar después de las 8:00 a.m. en varias oportunidades, durante los meses de junio, julio y agosto de 2018, es así como el día 1 de junio de 2018 la funcionaria salió a las 15: 57:30 p.m., es decir una hora antes del horario establecido por la entidad, el día 5 de junio salió a las 15:56:06 p.m., es decir una hora y cuatro minutos antes, el 13 de junio de 2018 salió a las 16:46:15, 15 minutos antes del horario y así sucesivamente continúan los incumplimientos como se muestran, en el día 18 de junio con ingreso 18 minutos más tarde, el día 19 de junio ingresó a las 10:11:23, es decir media hora y 11 minutos después de lo aprobado por el Secretario General de la entidad, con ocasión al partido de la selección Colombia (Circular 023 del 14 de junio del 2018, que autorizó la hora de llegada de los servidores públicos de la Defensoría del Pueblo en la Ciudad de Bogotá a la 9:30 a.m.), el 5 de julio ingresó a las 9:25:40 es decir una hora y 25 minutos más tarde del horario laboral, el 11 de julio de 2018 ingresó 15 minutos más tarde del horario laboral, el 17 de julio de 2018 ingresó doce minutos más tarde del horario laboral, el 24 de julio ingresó doce minutos más tarde, el 25 de julio ingresó 23 minutos más tarde del horario laboral, el 27 de julio ingresó a las 8:16:21, es decir 16 minutos más tarde del horario; de igual forma se encuentra que el día 1 de agosto del 2018 ingresó la funcionaria a las 8:24:17, es decir 24 minutos después de la jornada laboral, el 2 de agosto ingresó a las 8:16:56 dieciséis minutos después del horario, el 3 de agosto la funcionaria **JENNY PAOLA**, salió de la entidad a las 16:36:37, es decir media hora y 6 minutos antes de la hora establecida, el 9 de agosto ingresó a las 8:25:05, es decir veinticinco minutos más tarde del horario laboral y salió treinta y tres minutos antes y el 10 de agosto de 2018, salió la funcionaria investigada a las 14:53:23, es decir 2 horas antes del horario establecido. Con respecto al día 10 de agosto del 2018, es necesario manifestar que registra en la planilla de control de permisos por horas, aportada por el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, que la funcionaria **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO** realizó una anotación en la columna de justificación "prueba de peinados y otros", pero también se puede observar que en la columna del visto bueno del superior inmediato, no registra autorización al respecto.

(...)"

Como puede verse, en reiteradas oportunidades la disciplinada ingresó a laborar después de la hora de ingreso establecida por la entidad y salió con antelación, incumpliendo con la jornada laboral a su cargo y si bien se tuvieron en cuenta algunas justificaciones para ausentarse de sus labores, lo cierto es que no las cubren en su integridad y, en consecuencia, no tienen la virtualidad de exonerarla de la sanción. Igualmente, se analizó el hecho de que en algunas oportunidades la disciplinada prestó sus servicios por fuera del horario; sin embargo, dicha circunstancia no justificó su comportamiento. Al respecto, se precisó:

"(...)

Si bien es cierto que dentro del plenario se pudo establecer en el reporte del sistema biométrico que para los días, 17 y 27 de julio de 2018 y el día 1 de agosto de la misma anualidad, la funcionaria señora **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO** ingreso a la entidad después de las 8:00 a.m. y con hora de salida

después de las 5:00 p.m., es decir que la funcionaria en mención desarrollo sus actividades por fuera del horario laboral establecido por la entidad y a criterio de este Despacho no podría justificarse tal comportamiento, en tanto se estaría promoviendo la modificación del horario fijado mediante Resolución No. 2068 del 22 de diciembre del 2016, con lo cual se afectaría el normal funcionamiento de la entidad.

Así mismo, la sentencia de primera instancia continúa señalando los incumplimientos en la jornada laboral de la aquí demandante, así como la

afectación al servicio de la Regional de Bogotá, la cual fue expuesta por el doctor Gustavo Eduardo González Carreño, en los siguientes términos:

“(…)

Que con el incumplimiento del horario laboral de la funcionaria **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, se afectó el servicio en la Regional Bogotá, el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, manifiesta que por ser la regional operativa, si sus funcionarios no se encuentran en su puesto de trabajo, se ve afectado el servicio, pero que por tal situación, se ha implementado la metodología de que si un funcionario no se encuentra en su puesto de trabajo, se requiere el apoyo de otro, para cubrir tal circunstancia. Asimismo, afirma que la funcionaria investigada, tiene dentro del manual de funciones, la atención al público situación que es de mayor gravedad en el caso que nos ocupa.

(…)”

Ahora bien, con el propósito de establecer el incumplimiento al horario laboral de la disciplinada, el fallador de primera instancia tuvo en cuenta la declaración rendida por señor José Eder Garzón, quien precisó, entre otros aspectos, que a la funcionaria se le *“generó un memorando para que justificara su llegada tarde en las horas de la mañana, en el mes de junio, pero no recuerda la fecha”* y, en consecuencia, se determinó que *“por parte del Defensor del Pueblo Regional Bogotá, se le requirió de manera individual, para que justificara sus llegadas por fuera del horario establecido”*, concluyendo dicha instancia que:

“(…)

De lo expuesto, se evidencia que durante los meses de junio, julio y agosto de 2018, en las fechas especificadas con anterioridad, la disciplinada incumplió con el horario laboral establecido en la Entidad, sin contar con justificación alguna como se evaluó anteriormente ni tampoco dio aviso de forma oportuna a su superior inmediato sobre sus llegadas tardes; continuando con el incumplimiento del horario laboral, después de los meses inicialmente descritos hasta el 21 de enero del 2019, fecha en la que el Defensor del Pueblo Regional Bogotá en su declaración juramentada afirmó tal situación. Por lo que teniendo en cuenta dicho comportamiento que realmente se reprocha sobre la falta de compromiso de quien ostenta la calidad de servidor público, es que fue llamada a responder disciplinariamente la funcionaria **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**; por lo expuesto este Despacho al obtener certeza de su responsabilidad, debe imponer las consecuencias jurídicas correspondientes.

(…)”

Como puede verse, la conducta censurada a la disciplinaria se replicó en varias oportunidades y pese a los requerimientos que le fueron realizados, con el objeto que cumpliera su jornada laboral, la funcionaria hizo caso omiso continuando con la falencia en el acatamiento de las funciones propias de su cargo.

Ahora bien, aduce el apoderado de la demandante que el día 26 de octubre de 2018, la disciplinada radicó versión libre y espontánea, escrito en el cual

solicitó que se decretaran los testimonios de los doctores Sandra Paola Ortiz, María Zulay Gómez y Nelson Trujillo Galindo y se aportó una documental; sin embargo, trascurrieron más de tres (3) meses y el Despacho guardó silencio frente a las citadas pruebas, impidiéndole un ejercicio adecuado del derecho de defensa, contradicción y debido proceso.

Sobre el particular, se precisa que el Despacho no comparte los argumentos expuestos por la parte actora, en la medida que dichas pruebas fueron decretadas, en la continuación de la audiencia verbal señalada en el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, celebrada el 25 de febrero de 2019 y, por ende, en momento alguno le fue cercenado el derecho al debido proceso que le asistía a la actora, puesto que contó con la oportunidad de controvertirlas; amén, que no puede pasarse por alto, que la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Defensoría del Pueblo, tuvo en cuenta dichas pruebas testimoniales y otros medios probatorios, los cuales, igualmente, fueron conducentes para determinar la falta disciplinaria aplicada a la demandante, así:

“(…)

Ahora bien, con relación a las declaraciones juramentadas rendidas por las funcionarias VIASNEY BLANCO y SANDRA PAOLA ORTIZ MURIEL, en audiencia reanudada el día 7 de marzo del 2019. (Folio 361-365), se puede observar que

la señora VIASNEY BLANCO, manifestó que por unos hechos de incumplimiento de horario que se presentó con algunos funcionarios, el superior inmediato le ordenó realizar la verificación del sistema biométrico y las planillas de entradas y salidas de los servidores de la regional Bogotá, que los controles y mecanismos mencionados anteriormente, los maneja el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, con las planillas de salidas oficiales, planillas de permisos personales por horas y el sistema biométrico, que para los temas médicos, el procedimiento en la regional, es que los funcionarios deben comunicar dos días antes y registrar dicha situación en las planillas que reposan en la regional Bogotá y que para los permisos por horas de los funcionarios debe tener el visto bueno del superior inmediato que es el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, para la época de los hechos según se logró establecer el Doctor GUSTAVO EDUARDO GONZÁLEZ CARREÑO.

(…)”.

De la declaración en cita, se desprende que un funcionario de la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá, para ausentarse de sus labores debe contar con el permiso del Defensor del Pueblo de dicha regional; sin embargo, según lo señalado por la señora Sandra Paola Ortiz, la demandante en algunas oportunidades le manifestó las razones por las cuales incumplía con su horario laboral, funcionaria que no estaba facultada para otorgar permisos a otros empleados. Al respecto, en la sentencia se estableció:

“(…)

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00425-00*

Así también, se recibe en la misma diligencia, el testimonio de la funcionaria SANDRA PAOLA ORTIZ, Profesional Administrativa y de Gestión de la Regional Bogotá y en la que afirma que la señora **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, para la época de los hechos se encontraba asignada a la unidad octava a su cargo, y que el superior inmediato de la funcionaria investigada para la época de los hechos era el Defensor del Pueblo Regional Bogotá. Así mismo, manifiesta que cuando la señora JENNY PAOLA, se encuentra asignada a las unidades en la regional Bogotá, tiene que recibir usuarios; expresando también que en varias oportunidades la investigada **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, le comunico, sus citas médicas y llegadas tarde a la entidad.

Teniendo en cuenta lo afirmado por la declarante, cuando se refiere a que la señora **JENNY PAOLA CASTILLO**, le informaba sobre sus llegadas tarde y sus citas médicas, el despacho observa que la misma declarante manifestó que dentro de sus funciones no está la de autorizar el permiso para citas médicas u otras situaciones administrativas de los auxiliares administrativos, que se encuentran asignados a la Unidad, así como también, que el superior inmediato de la Regional Bogotá, es el Defensor del Pueblo Regional, en este caso el Doctor GUSTAVO EDUARDO GONZÁLEZ CARREÑO; por lo que, el procedimiento que debía surtir la disciplinada para dichas circunstancias, es el de poner en conocimiento al Defensor del Pueblo su superior inmediato y no a su coordinadora.

(...)"

Por su parte, la señora Luz Mireya Ávila, quien desempeñaba las funciones de Coordinadora de la Unidad en la cual prestó sus servicios la demandante, refirió:

"(...)

Asimismo, afirma la señora LUZ MIREYA AVILA en su declaración que el superior inmediato para la época de los hechos de la funcionaria JENNY PAOLA, era el Defensor del Pueblo Regional Bogotá Doctor GUSTAVO EDUARDO GONZÁLEZ CARREÑO, que dentro de las funciones de la investigada, se encuentra la de atención a usuarios; manifestando también que recuerda, no con exactitud que la funcionaria **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, llegó dos veces tarde durante el periodo de septiembre del 2018 a enero del 2019, una por estar muy enferma y otra por el transporte público. Que también recuerda que una vez llegó tarde por una cita al odontólogo pero que no sabe exactamente el día.

Teniendo en cuenta lo expresado por la funcionaria LUZ MIREYA AVILA, cuando afirma que la funcionaria investigada, en varias oportunidades llegó tarde por razones de mal tráfico en la ciudad y citas médicas, se puede establecer, que la investigada si continuo llegando por fuera de la hora establecida en la entidad y que pese a los requerimientos para su cumplimiento en varias oportunidades.

(...)"

Igualmente, se analizó el testimonio de la señora María Zulay Gómez Moya, quien manifestó que fungía como Defensora Pública, asignada a la Defensoría del Pueblo y no le constaban las llegadas tarde de la demandante.

Expuesto lo anterior, no se puede pasar por alto que el fallador de primera instancia contó con los elementos probatorios de convicción que corroboraron la responsabilidad disciplinada, los cuales fueron valorados en su conjunto para emitir su decisión, pues incluso se analizó la versión libre rendida por esta, en los siguientes términos:

“(…)

Ahora bien, con respecto a lo manifestado por la funcionaria **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, es menester analizar, que con relación a los días 18 de junio, 5 de julio, 1 de agosto y 9 de agosto del año 2018, en el que la funcionaria en mención, afirma que tenía citas odontológicas para su tratamiento de ortodoncia, fueron previamente informadas a su “.. jefe inmediato, es decir, el coordinador del grupo de defensores”, no es de recibo por este Despacho tal aseveración, dado que en las declaraciones rendidas por los funcionarios los días 7 y 8 de marzo de 2019, de la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá, JOSE EDER GARZON, VIASNEY BLANCO, SANDRA PAOLA ORTÍZ MURIEL, LUZ MIREYA AVILA Y GLORIA GARCIA, manifestaron que el superior inmediato o jefe inmediato de dicha regional, es el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, que para la época de los hechos, ostentaba dicho cargo el señor GUSTAVO EDUARDO GONZÁLEZ CARREÑO, por tal razón, tanto los permisos personales por horas y los permisos de salidas oficiales, en la Regional Bogotá son autorizados por el Defensor del Pueblo Regional Bogotá y que todas las situaciones administrativas de los servidores públicos como incapacidades, tienen que ser informados al mencionado funcionario. Ahora bien, al revisar las certificaciones de la Federación Odontológica Colombiana de los días 18 de junio, 4 de octubre y 9 de agosto de 2018 aportadas por la señora CASTILLO TRUJILLO, se puede observar que no registran hora de atención y algunas se encuentran sin firmas, por lo que no es claro para el Despacho, si la atención de la funcionaria JENNY CASTILLO, se dio en las horas de la mañana, para justificar sus llegadas por fuera del horario laboral o fueron justificadas por dichas certificaciones.

Ahora bien, dentro del informe enviado por el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, de fecha 21 de agosto de 2018 y dentro de la informe la Subdirección de Gestión del Talento Humano de fecha 9 de octubre de 2018, no reportan citas médicas de a funcionaria JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO, por lo que se puede decir, que no fueron entregadas por la mencionada servidora pública en su momento al superior inmediato.

(…)”

De otro lado, el apoderado de la demandante indicó que, mediante auto del 2 de octubre de 2018, el fallador de primera instancia decretó como medio probatorio de oficio la *"visita y/o inspección especial a documentos"*, designando para su práctica al doctor José Jacinto Palomino Padilla, funcionario de la misma oficina de control disciplinario, quien, mediante *"solicitud de reasignación"* manifestó la causal de impedimento contenida en el numeral 5° del artículo 84 de la Ley 734 de 2002, debido a la existencia de una amistad íntima con la disciplinada y su esposo el señor Xavier Restrepo; sin embargo, el operador disciplinario le ordenó al referido funcionario que llevara a cabo las actuaciones a su cargo, circunstancia que se torna irregular.

Al respecto, de los medios probatorios obrantes en el proceso disciplinario, se evidencia que, mediante escrito (no es legible la fecha), el señor José Jacinto Palomino Padilla, Profesional Especializado Grado 19 de la Oficina de Control Interno Disciplinario, manifestó a dicha oficina que se comisionara a otro profesional especializado para realizar la indagación/investigación a que haya lugar dentro del proceso disciplinario No. 232/2018 y a través de Auto (no es legible la fecha), la Jefe de la Oficina

de Control Disciplinario Interno resolvió la solicitud de reasignación deprecada, señalando lo siguiente:

“(…)

El Dr. **JOSE JACINTO PALOMINO PADILLA**, profesional especializado grado 19, adscrito a esta Oficina de Control Interno Disciplinario, mediante escrito de la fecha solicita sea reasignado el presente asunto a otro funcionario, para lo cual argumenta que a pesar de no estar incurso en causal de impedimento, considera saludable atendiendo el vínculo de amistad con el cónyuge de la posible implicado en el sub examen, para garantizar la transparencia y ecuanimidad de la actuación, sea separado de su conocimiento, entre otros aspectos que expone.

Ciertamente, advierte el Despacho que no estamos frente a una declaratoria de impedimento, pero si es evidente la intención del Profesional Especializado, salvaguardar el buen nombre no solo de esta dependencia sino del suyo propio, por ello, se accederá a su solicitud y en consecuencia, será reasignado el presente asunto, disponiendo que sea asumido por la Dra. **SANDRA JOHANNA SOCARRAS QUINTERO** – Profesional Especializada Grado 18.

(…)”

Luego, por Auto del 6 de septiembre de 2018, el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, profirió auto de indagación preliminar contra la servidora pública Jenny Paola Castillo Trujillo, con el objeto de indagar los hechos puestos en su conocimiento, a través del memorando referido precedentemente, comisionando para tal efecto, a la doctora Sandra Johanna Socarrás Quintero.

Posteriormente, por Auto del 2 de octubre de 2018, se comisionó al señor José Jacinto Palomino Padilla, Profesional Especializado Grado 19 de la Oficina de Control Interno Disciplinario, para practicar la siguiente prueba:

“(…)

Para el perfeccionamiento de la presente actuación y con el fin de tener mayores elementos de juicio para evaluar la presente indagación preliminar contra la servidora pública arriba reseñada, que fuera aperturada mediante auto del 6 de septiembre de 2018 (fls.5 a 7), se hace necesario realizar visita especial a la Defensoría del Pueblo Regional de Bogotá, Despacho del Defensor Regional y/o dependencia que corresponda, con el fin de inspeccionar las carpetas de los memorandos y/o circulares, resoluciones o directrices emanadas del titular del área encaminadas a la verificación del cumplimiento del horario laboral, dirigidos a la disciplinada. El funcionario Comisionado, deberá obtener copias de los documentos inspeccionados, bien, permisos personales, por horas y salidas oficiales, durante el periodo comprendido entre el 1º de junio al 21 de agosto de 2018. Diligencia que se llevará a cabo el próximo **5 de octubre de 2018, a las 8:00 de la mañana.**

(…)”

En virtud de lo anterior, se levantó el Acta de visita especial y/o inspección especial a documentos del 5 de octubre de 2018, a la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá, dentro de la indagación preliminar No. 232/2018, efectuada por el señor José Jacinto Palomino Padilla, Profesional

Especializado Grado 19 de la Oficina de Control Interno Disciplinario.

En ese sentido, tal como lo señaló el apoderado de la entidad demandada, al momento de descorrer los hechos del libelo, el señor Palomino Padilla no manifestó impedimento alguno para llevar a cabo la prueba decretada, toda vez que, solicitó la reasignación del asunto a otro funcionario, debido a la amistad que tenía con el esposo de la disciplinada; sin embargo, procedió a su práctica sin realizar pronunciamiento sobre dicho aspecto.

Aunado a lo anterior, no se puede pasar por alto que dicho servidor público fue comisionado para realizar una inspección especial y recaudar un medio probatorio, razón por la cual no ejercía directamente la acción disciplinaria, pues entre sus competencias no se encontraba realizar apreciaciones o definir si la disciplinada cometió o no la conducta y, por ende, no se evidencia irregularidad en su designación, por lo cual, era dable que realizara la visita especial.

Por otra parte, aludió la parte actora que en el proceso disciplinario obra auto, a través del cual se trasladó una prueba documental al expediente disciplinario de la aquí demandante (232/2018), actuación que se surtió debido al conocimiento privado que tenía el juez, sobre el proceso No. 230/2018, incumpléndose lo previsto en el artículo 135 de la Ley 734 de 2002, en la medida que no existió la autorización de copias, trasgrediendo el derecho al debido proceso que le asistía a la disciplinada, especialmente, en consideración a que los argumentos esbozados en la diligencia testimonial trasladada, no fueron objeto de controversia en la oportunidad procesal correspondiente, como tampoco tenía relación con las fechas y horas cuestionadas; no obstante, se utilizó en su contra.

Al respecto, vale la pena aclarar que por Auto del 24 de octubre de 2018, se incorporó como medio probatorio al proceso disciplinario adelantado en contra de la aquí demandante, la declaración juramentada rendida por el Doctor Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo Regional Bogotá, dentro del proceso 230/2018, en aras de preservar los principios de economía procesal, debido proceso, defensa y contradicción que le asiste a los sujetos procesales, efecto para el cual, dispuso:

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00425-00*

“(…)

Por intermedio de la Secretaría de la Oficina se librarán los oficios y comunicaciones de rigor, asimismo, en aras a garantizar el debido proceso en conexión con el derecho de defensa y contradicción, se activarán los artículos 90.1 y 92.4 de la Ley 734 de 2002, para lo de su competencia.

(…)”.

En efecto, la señora Martha Johanna Motta Cruz, expidió la constancia secretarial del 24 de octubre de 2018, en los siguientes términos:

“(…)

Mediante auto del 24 de octubre de 2018, la Oficina de Control Interno Disciplinario, señaló: *“...De conformidad a la constancia que precede, una vez examinada la declaración juramentada rendida por el Dr. GUSTAVO EDUARDO GONZÁLEZ CARREÑO, Defensor Regional de Bogotá, dentro del expediente número 230/2018, llevada a cabo el pasado 20 de septiembre de 2018. Se hace necesario incorporar la misma a esta actuación junto con sus anexos, para que haga parte de este encuadernamiento disciplinario, ya que la misma hace referencia al Memorando No. 018510 del 21 de agosto de 2018 (anexos) que diere origen esta indagación, en consecuencia deberá tenerse como prueba trasladada, por lo tanto, activa lo establecido en el CUD en su artículo 135...”*.

Para dar cumplimiento a lo ordenado en dicho auto, la suscrita funcionaria de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Defensoría del Pueblo, **hace constar que en la fecha se incorpora al expediente 232/18**, la declaración juramentada rendida por el Dr. GUSTAVO EDUARDO GONZÁLEZ CARREÑO, Defensor Regional de Bogotá, realizada el pasado 20 de septiembre de 2018 dentro del expediente 230/2018 y sus anexos, al expediente 232/2018, adelantado contra la señora JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO, Auxiliar Administrativo, grado 10 de la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá, razón por la cual se foliarán dichos documentos en el orden subsiguiente.

(…)”.

Luego, a través de Auto del 18 de enero de 2019, la Oficina de Control Disciplinario Interno pone en conocimiento de la disciplinada las actuaciones llevadas a cabo dentro del proceso adelantado en su contra, dada la manifestación que efectuó, en torno a no tener acceso al expediente, señalando lo siguiente:

“(…)

Una vez se hace una reseña exacta de la presente actuación, de bulto se advierte que la afirmación de la disciplinada no solo es descomedida con autoridad disciplinaria, endilgándole a la OCID que se le están cercenando sus derechos inherentes, cuando la realidad procesal, demuestra que activamente ha intervenido en la construcción del encuadernamiento y que se le ha venido comunicando en forma debida cada paso procesal para que pueda enarbolar correctamente su defensa.

En este paginario, por el contrario la disciplinada ha sido dinámica en su participación y no hay elemento probatorio alguno en el que conste dentro del proceso que se le haya pretermitido el derecho a acceder a su actuación, máxime que las actuaciones/pruebas que se han incorporado están respaldadas por la estrictez jurídica. Sin olvidar que en el evento que el proceso este ante el Despacho para decidir, obviamente no se podría ponerlo inmediatamente a disposición del sujeto procesal, cada oportunidad que lo requiera afectando el normal desarrollo del impulso procesal, tal como se sabe en la judicatura y en el derecho administrativo pues es una situación procesal excepcional reglada.

(...)"

En ese sentido, no le asiste razón a la parte actora al sostener que no tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas que fueron incorporadas al expediente disciplinario, especialmente la atinente a la declaración juramentada rendida por el Doctor Gustavo Eduardo González Carreño, Defensor del Pueblo Regional Bogotá, dentro del proceso 230/2018; máxime, cuando en los hechos de la demanda afirmó que, una vez se dio trámite a la audiencia de alegatos de conclusión, en la cual se presentaron los correspondientes argumentos defensivos, entre ellos, la solicitud de análisis de las **pruebas vertidas al interior del proceso**.

Ahora, vale la pena aclarar que dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de la aquí demandante, se decretó la declaración juramentada del referido funcionario, la cual como se señaló líneas atrás, se llevó a cabo el 21 de enero de 2019, diligencia en la que la señora Jenny Paola Castillo Trujillo estuvo presente junto con su apoderado de confianza, a quien se le reconoció personería, mediante auto del 21 de enero de 2019 y se le otorgó la facultad de interrogar al declarante.

Finalmente, en la demanda se atribuye que la disciplinada no tenía entre las funciones asignadas, las relativas a atender y orientar a los usuarios o internos, pues se encuentra nombrada en el Cargo Administrativo - Grado 10, perteneciente al Nivel Asistencial o Administrativo, el cual no está obligado a atender al público, como lo certificó la doctora Claudia Marcela Contreras Peña, Subdirectora de Gestión del Talento Humano.

Sobre el particular, obra la certificación expedida el 9 de octubre de 2018, por la doctora Claudia Marcela Contreras Peña, Subdirectora de Gestión del Talento Humano, en la que se hace constar que la demandante para ese momento se encontraba nombrada en el cargo de Auxiliar Administrativo – Grado 10, quien debía desarrollar las funciones establecidas en la Resolución No. 065 de 2014, las cuales coinciden con las referidas en el

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00425-00*

fallo de primera instancia, para determinar el incumplimiento de la servidora en su labor, así:

“(…)

Asimismo, sin desconocer la conexión finalista descrita en el numeral 11 del artículo 34 y 1º del 35 de la Ley 734 de 2002, ya que es deber del servidor dedicar al totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de sus funciones, que de acuerdo a la Resolución No. 065 de 2014, entre otras, eran las de:

“Brindar atención y orientación a usuarios internos y externos.”

“Efectuar diligencias externas que respondan a las necesidades del servicio para cumplir con los requerimientos de la dependencia.”

“Recibir, ordenar, radicar y clasificar correspondencia recibida y despachada de acuerdo con los procedimientos y lineamientos establecidos.”

Por lo anteriormente expuesto se puede observar por este Despacho que hubo un quebrantamiento al deber funcional por parte de la investigada **JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO**, al no cumplir cabalmente con el horario laboral establecido en la Entidad, significando esto un perjuicio al normal funcionamiento de las actividades diarias de la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá, por cuanto no se puede dejar de lado que la investigada tiene dentro de sus funciones la de brindar atención y orientación a usuarios internos y externos. Situación está, corroborada en el testimonio de su superior inmediato, que manifestó el entorpecimiento del normal desarrollo de la institución.

(…)”

En ese sentido, no le asiste razón a la parte actora al afirmar que entre las funciones a su cargo, no se encontraba atender y orientar a los usuarios o internos.

Así las cosas, quedó demostrado que en el fallo de primera instancia, se estudiaron la versión libre y espontánea de la disciplinada, los reportes del sistema biométrico de la entidad, así como las declaraciones de los señores José Eder Garzón, Viasney Blanco, Sandra Ortiz, Gustavo Eduardo González Carreño, Luz Mireya Ávila Rubiano y María Zulay Gómez Moya, medios que condujeron a determinar que los incumplimientos a prestar la labor por la aquí demandante constituían falta disciplinaria, sin que se pueda concluir que existiera alguna prueba a su favor que no haya sido analizada tanto por el sentenciador de primera como de segunda instancia y que podría resultar esencial para su causa.

Sobre este aspecto, en el fallo de segunda instancia, se señaló:

“(…)

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00425-00*

Dichos incumplimientos se encuentran debidamente acreditados probatoriamente en los reportes del sistema biométricos de las marcaciones de ingresos y egresos, obrantes a folio 2 (CD con planilla) donde reportan los meses de junio a agosto de 2018; y a folios 257 a 264 que contienen los registros de agosto de 2018 a enero de 2019.

(...)"

Y en cuanto a los medios probatorios, según los cuales la disciplinada justificaba la inasistencia a ejercer sus funciones dentro del horario laboral, se precisó:

"(...)

Ahora bien, la disciplinada y su defensa procuraron brindar una justificación para la situación presentada, aportando certificaciones de citas odontológicas para los días 5 de julio de 2018; 4 de octubre de 2018; 1 de noviembre de 2018; 6 de diciembre de 2018 y 10 de enero de 2019. Igualmente, aportan constancia de permiso compensatorio de 4 horas por ejercer el derecho al voto para el 29 de junio de 2018. Para los días 9 de agosto de 2018 y 6 de septiembre del mismo año, se tiene correo electrónico del área de la Subdirección de Gestión del Talento Humano del miércoles 8 de agosto de ese año, donde se solicita se le permita la salida antes de las cinco de la tarde a la disciplinada, pues forma parte del equipo femenino de microfútbol de la entidad.

Se advierte que la justificación presentada para el día 19 de junio de 2018 no será tenida en cuenta, pues la Circular 023 del 14 de junio de 2018 expedida por el Secretario General de la Defensoría del Pueblo, modificaba el horario de entrada de las 8:00 a.m. a las 9:30 a.m. Sin embargo, JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO arribó a la entidad a las 10:11:23 a.m., incumplimiento el parámetro fijado.

Evacuado el punto, este Despacho indica que, si bien podría apreciarse para los días individualizados una justificación para el incumplimiento del horario laboral, el alcance de estas sería para 8 de los 26 días donde se registra una desatención a la jornada previamente establecida por la Defensoría del Pueblo.

Por lo tanto, es claro que la disciplinada incurrió en la falta ya descrita, toda vez que incumplió con los deberes ya desarrollados e incurrió en la prohibición, vulnerando no sólo las disposiciones de la Ley 734 de 2002, sino desatendiendo su propio Manual de Funciones, Resolución 065 de 2014 de la Defensoría del Pueblo.

(...)"

Ahora, bien, para determinar la ilicitud sustancial de su conducta, se indicó:

"(...)

El dolo implica el conocimiento de la ilicitud de la conducta. Para el caso en particular se tiene que la disciplinada JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO tenía conocimiento de la jornada laboral de la Defensoría del Pueblo, pues la Resolución No. 2068 del 22 de diciembre de 2016 así lo estableció. Igualmente, mediante Memorando 13104 del 20 de junio de 2018, el Defensor Regional de Bogotá D.C. le solicitó explicaciones por la desatención al horario fijado.

(...)

De lo expuesto anteriormente, no se desprende en ningún momento que la disciplinada podría haber estado inmersa en un error respecto de la jornada laboral, pues es suficientemente claro que tenía conocimiento de esta, en especial si se considera que previamente había solicitado permisos y presentado los soportes en algunas oportunidades cuando la incumplió. Por ende, la Defensa nunca acreditó los presupuestos para la procedencia de esta causal de exclusión de la responsabilidad.

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00425-00*

En consecuencia, en razón a ese conocimiento de la jornada laboral, el hecho de desatenderla implica la voluntariedad de dicha acción, pues si así lo hubiera querido, pudo haber obrado de forma diferente, dándole pleno cumplimiento a su horario. Aunado a lo precedente, es un serio elemento de juicio que en algunas oportunidades la disciplinada hubiese tramitado los permisos para sus diligencias, lo que corrobora que estaba al tanto de esta y que, si por circunstancias relevantes debía inobservarla, tenía que solicitarle autorización a su superior. De tal manera, que se ratifica el actuar doloso de JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO.

(...)"

Así las cosas, no se encuentra infundada la valoración que realizaron los sentenciadores en el proceso disciplinario, pues contrario a lo expuesto por la hoy demandante, se encuentra demostrado que el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario y el Defensor del Pueblo - *respectivamente*, basaron sus decisiones en las pruebas que demostraron la autoría en la conducta tipificada como infracción disciplinaria, la cual es imputable a la señora Jenny Paola Castillo Trujillo, como una falta grave, pues se determinó que no sólo actuó de forma dolosa, sino que reiteró su conducta en varias oportunidades.

En ese sentido, se advierte que los fallos proferidos dentro del proceso disciplinario No. 232/2018, no adolecen de los vicios alegados por la parte actora, puesto que se identificó plenamente el sujeto, los hechos que conllevaron a que la disciplinada fuera investigada, así como los medios probatorios que determinaron con absoluta claridad y certeza el cómo, cuándo y hasta qué momento omitió sus obligaciones, respecto al cumplimiento de la jornada laboral y la atención a los usuarios.

Igualmente, se advierte que en las referidas providencias, se realizó una correcta valoración jurídica de los cargos endilgados a la ahora actora, así como del tipo disciplinario que le fue endilgado, analizando la versión libre y espontánea que rindió y las alegaciones formuladas, las cuales en cada caso específico, se valoraron junto con los demás pruebas recaudadas, de lo que se colige que la administración realizó un adecuado análisis del material probatorio para determinar la responsabilidad de la demandante.

Finalmente, el apoderado de la actora afirmó que el fallador disciplinario, en casos similares, tomó decisiones diferentes, lo que convierte el proceso adelantado en contra de la actora en una actuación irregular, pues en la decisión adoptada en el proceso con radicado No. 241 de 2018, adelantado de contra de la doctora Blanca Prieto Olaya, con las mismas pruebas y

argumentos, se absolvió a la investigada y, en este, se suspendió por el término de tres (3) meses a la disciplinada, aspecto que entre otras cosas resultó ser bastante desproporcionado.

Al respecto, si bien el apoderado de la actora afirma que con los mismos medios probatorios se decidió el caso de una funcionaria de la Defensoría del Pueblo, lo cierto es que no obra documento alguno que permita acreditar que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de hecho o de derecho que la señora Blanca Prieto Olaya, quien se aduce, prestaba sus servicios en la entidad, como tampoco, que no hubiese acreditado justificación o eximente de responsabilidad frente a la conducta que, en gracia de discusión, fue objeto de investigación. En ese sentido, se observa que solamente se realizó una afirmación, en torno a la trasgresión al derecho de igualdad de la señora Jenny Paola Castillo Trujillo, lo que impide que el Despacho realice un análisis de fondo frente a la posible discriminación del operador disciplinario.

Ahora bien, en lo atiente a la graduación de la conducta, el Defensor del Pueblo en la sentencia de segunda instancia, refirió:

“(…)

La defensa de la disciplinada estimó que la sanción impuesta es desproporcional en consideración de la falta endilgada, pues tres meses de suspensión del cargo e inhabilidad especial es, para dicho extremo procesal, a todas luces excesivo. Para abordar este punto, es necesario tener en consideración los criterios estipulados en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002.

Acertadamente, el despacho de primera instancia evaluó que la disciplinada tenía pleno conocimiento de cual era la jornada laboral de la Defensoría del Pueblo y lo que implicaba su desacatamiento. Así mismo, se tuvo en cuenta que JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO carece de antecedentes disciplinarios. Por lo tanto, concurre una circunstancia agravante y otra atenuante, que son los criterios orientadores para la graduación de la sanción.

En lo relativo a este aspecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C - 125 del 2003, con ponencia de MARCO GERARDO MONROY CABRA, estimó:

(…)

Así las cosas, atendiendo tanto los criterios normativos como lo decantando por la jurisprudencia, se estima que la sanción impuesta en la primera instancia por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario se encuentra plenamente ajustada al criterio de proporcionalidad, pues fue fijada de acuerdo con los propios postulados de la Ley 734 de 2002. No puede desconocerse que el desvalor de la acción desplegada es de suma relevancia, pues se incumplió en múltiples oportunidades el horario laboral, sin embargo, tampoco puede imponerse una de mayor entidad, considerando que la funcionaria JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO carece de antecedentes.

Ahora bien, se hace la aclaración que como la disciplinada se encontraba suspendida provisionalmente desde el primero de febrero de 2019, dicho lapso debe ser tenido en cuenta a la hora de la ejecución de la sanción, en cumplimiento del parágrafo del artículo 157 de la Ley 734 de 2002.

Analizados y abordados los argumentos de disenso planteados por la defensa técnica de la funcionaria JENNY PAOLA CASTILLO TRUJILLO, concluye este Despacho que no desvirtúan la decisión recurrida, la cual se fundó en sólidos argumentos jurídicos y probatorios. Por lo tanto, se procederá a confirmar el fallo de primera instancia.

(...)"

En consecuencia, no se advierte violación al derecho al debido proceso invocado en el presente medio de control, en tanto, que la entidad demandada efectuó una valoración seria, conjunta, razonada y ponderada de los medios de convicción arrimados al plenario que conllevaron a una adecuada determinación del tipo disciplinario que le fue impuesta la señora Castillo Trujillo y, en consecuencia, al correctivo endilgado de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el término de tres (3) meses, el cual no se torna desproporcionado, en virtud a la reiteración de la conducta, los llamados de atención que fueron pasados por alto y lo contemplado en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, citado líneas atrás.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto para el Despacho es claro que la investigación disciplinaria adelantada en contra de la demandante y que concluyó con la expedición de los actos administrativos acusados, no desconoció las normas constitucionales y legales señaladas como infringidas y, en consecuencia, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos acusados.

6. COSTAS.

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DENEGAR las súplicas de la demanda por las consideraciones señaladas en esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas a cargo de la parte demandante.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la demandante excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ

Juez

Firmado Por:	JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado	
	La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 11, hoy 7 de mayo de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.	MERCEDES JARAMILLO
GLORIA VASQUEZ JUEZ JUZGADO 018 CIUDAD DE	 <small>LAURA MARCELA POLÓN CARACHO Secretaría</small>	ADMINISTRATIVO DE LA BOGOTÁ, D.C.-SANTAFE

DE BOGOTÁ D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c8c9ecf701a1f58f035cc3dd99a071da9ca2f9d8c44cbaba0cb0133afbe0916a**

Documento generado en 06/05/2021 04:07:54 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2019 -00 459 -00
Demandante:	CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto:	SENTENCIA

La señora **CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.051.874, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Pretende la actora que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 25 de julio de 2019, frente a la petición radicada el 25 de abril de 2019 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la demandante, establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A su vez, pretende que se declare que la demandante tiene derecho a que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

(i) Reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006 a la demandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

(ii) Dar cumplimiento al fallo que se dicte, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.).

(iii) Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(iv) Se condene en costas de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) y en el Código General del Proceso.

1.2. HECHOS.

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que la actora, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, le solicitó al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 23 de agosto de 2017 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.2. Que mediante la Resolución No. 0247 del 12 de enero de 2018 expedida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito, le fue reconocida a la demandante la cesantía solicitada.

1.2.3. Que la cesantía reconocida fue cancelada el 27 de febrero de 2018, por intermedio de entidad bancaria, siendo el plazo para cancelarla el día 04 de diciembre de 2017, por lo que transcurrieron 82 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles con que contaba la entidad para cancelarla, hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.4. Que el 25 de abril de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y esta resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó, de conformidad con el procedimiento administrativo, a solicitar a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones; situación que no fue posible.

1.2.5. Que una vez presentada la reclamación administrativa, transcurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidas las leyes 91 de 1989, artículos 5 y 15; 244 de 1995, artículos 1 y 2; y 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

Sostiene que la entidad demandada al hacer el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años para su reconocimiento.

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y

definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles, después de haber radicado la solicitud.

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizada, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que el lapso de los 65 días o los 60 días que contempla la Ley 1071 de 2006, con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la ley.

III. CONTESTACION

Advierte el Despacho que, mediante auto del 18 de marzo de 2021, el Despacho –entre otros asuntos– tuvo por no contestada la demanda, toda vez que mediante correo electrónico del 10 de julio de 2020 la entidad demandada allegó contestación de la demanda indicando en el asunto:

“CONTESTACIÓN 11001333501820190045900 - CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA”, y adjuntando los documentos denominados: “CONTESTACIÓN CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA.pdf”, “ESCRITURA PÚBLICA No. 522 del MEN.pdf” y “PODER CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA.pdf”; sin embargo, el contenido de tales documentos no se armonizaba con el proceso de autos por cuanto se referían al demandante Luis Eduardo González Rodríguez y al radicado 110013335018-2019-00462-00.

Ahora bien, en el mencionado auto, también se corrió traslado para que las partes allegaran por escrito sus alegatos de conclusión, oportunidad en la cual, la apoderada de la entidad demandada manifestó:

*“Al respecto, es de indicar que se realizó la verificación del correo **y se evidencia que en efecto el 10 de julio de 2020 a las 12:44pm se remitió contestación de la demanda al correo electrónico asignado para tal fin, aportando los archivos denominados: (i) CONTESTACIÓN CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA, (ii)PODER CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA Y (iii) ESCRITURA PUBLICA No. 522**” como se evidencia a continuación:*

(...)

*Finalmente se indicó dentro del Auto señalado que los documentos correspondían al proceso con radicado 11001333501820190046200, demandante LUIS EDUARDO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, así las cosas **se realizó la verificación y para dicho proceso se realizó la radicación de la contestación el mismo 10/07/2020 a las 12:45pm,** como se evidencia a continuación.*

(...)

*En ese orden de ideas, **solicito respetuosamente al Despacho se realice la verificación del caso y se tenga por contestada la demanda.** De igual forma se aporta con el presente escrito el correo electrónico” (Negrillas y subrayas del Despacho).*

En atención a lo anterior, la Secretaría del Despacho procedió a solicitar a la Correspondencia de la Sede Judicial del CAN – Bogotá D.C. la rectificación de la información, enviando de nuevo a este Despacho el correo del 10 de julio de 2020 a las 12:44 p.m., de donde se pudo corroborar que –en efecto– los documentos adjuntos corresponden al proceso que nos ocupa.

Así las cosas, se observa que dentro de las causales de nulidad consagradas en el artículo 133 del C. G. del P., aplicable por remisión expresa del artículo

306 del C.P.A.C.A., el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: “... 5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, **decretar** o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria” (negritas fuera de texto). De manera que, bajo dicho presupuesto, al tener por no contestada la demanda y, en esa medida, no haberse pronunciado el Despacho sobre el decreto de la prueba solicitada por la entidad demandada consistente en “oficiar a la Secretaría de Educación, a efectos que remitiera con destino a este expediente el trámite interadministrativo adelantado ante el ente pagador para la expedición del acto administrativo”, podría considerarse que el proceso padecería de nulidad; sin embargo, no puede pasarse por alto el numeral 1° del artículo 136 del C. G. del P., de conformidad con el cual:

“ARTÍCULO 136. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.

(...)”

En este sentido, si bien la apoderada de la entidad demandada, al presentar sus alegatos de conclusión, solicitó **realizar la verificación del caso y tener por contestada la demanda**, actuó sin proponer lo ocurrido como nulidad, por lo cual su actuar se encuadra en la norma antes transcrita. Del mismo modo, la apoderada de la entidad demandada tampoco interpuso recurso de apelación contra el auto en comentario, el cual, al no tener contestada la demanda, no decretó la prueba por ella solicitada; sin perjuicio de lo cual, en todo caso, los documentos obrantes en el proceso son contentivos del trámite interadministrativo adelantado ante el ente pagador, con lo cual se satisface el objeto de la prueba. Por consiguiente, se tendrá por contestada la demanda.

En ese sentido, la apoderada de la entidad demandada, a través de escrito del 10 de julio de 2020, allegado vía correo electrónico, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de “**Improcedencia de la condena en costas**”, manifestando la imposibilidad de que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que, conforme al artículo 365 del Código General del proceso,

solo habrá lugar a condena en costas, las cuales se integran en parte por las agencias en derecho, cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y que en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito remitido el **07 de abril de 2021**, vía correo electrónico presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció a la actora la cesantía parcial, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida, y v) la mora en el pago de la prestación.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante escrito allegado el **07 de abril de 2021**, vía correo electrónico, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **84** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del

proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras toda vez que, de no ser así, se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, reitera la imposibilidad de que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que la señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.1.1. Derecho de petición elevado el 25 de abril de 2019, con radicado No. E-2019-72851, ante el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual la demandante, a través de apoderado, deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, así como la indexación sobre el monto de la sanción, hasta la fecha en que se efectúe el pago (fls. 12 a 13).

5.1.2. Resolución No. 0247 del 12 de enero de 2018, a través de la cual la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 23 de agosto de 2017 (fls. 15 a 17).

5.1.3. Certificación del Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A., de fecha 29 de marzo de 2019, donde consta como fecha de disposición de la cesantía parcial el 27 de febrero de 2018 (fl. 18).

5.1.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 30 de septiembre de 2019, ante la Procuraduría 131 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida y cuya constancia fue expedida ese mismo día (fls. 19 a 23).

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el día 25 de abril de 2019; y ii) si esta tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el 25 de abril de 2019 (fls. 12 a 13), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles, después de haber radicado la solicitud de cesantías y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el

silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el 25 de abril de 2019 (fls. 12 a 13), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*

(...)”.

5.3.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.*

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.”

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, “*Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación*” estableció en su artículo 4° que “*Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley*”. (Negrillas del Despacho).

A su vez, el artículo 5° estableció “**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.”* (Negrillas fuera del texto original).

De los artículos transcritos se deduce que, si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles, a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de

todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escrucera Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T- 5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) **Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.**

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) **Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución**". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes, ii) la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.4. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la

sentencia anteriormente mencionada, así:

5.4.1. Categoría de servidora pública de la actora

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación nacional – SITUADO FISCAL, IED VENECIA (fl. 15), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.4.2. Exigibilidad de la sanción moratoria

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: i)

petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición); ii) acto escrito extemporáneo –después de 15 días– (70 días posteriores a la petición); iii) acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación); iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación); v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación); vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de término (67 días posteriores a la expedición del acto; vii) acto escrito –renunció a la notificación– (45 días desde la renuncia; y viii) acto escrito –interpuso recurso– (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee de la Resolución No. 0247 del 12 de enero de 2018 (fls. 15 a 17), la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **23 de agosto de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **13 de septiembre de 2017**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **12 de enero de 2018**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **24 de agosto de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **04 de diciembre de 2017**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **27 de febrero de 2018**, como consta en la certificación del Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A., obrante a folio 18 del expediente, incurriéndose en mora del **04 de diciembre de 2017 al 26 de febrero de 2018**.

5.4.3. Salario base de liquidación

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada

por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **parcial**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad.

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende dos anualidades (**04 de diciembre de 2017 al 26 de febrero de 2018**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de diciembre de 2017 a febrero de 2018.

5.4.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

“(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de

una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

*187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, **siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.***

*191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, **la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.***

(...)"

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(...)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aqueellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se

² Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **28 de febrero de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA el 25 de abril de 2019, al encontrarse incurso en causal de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **04 de diciembre de 2017 y el 26 de febrero de 2018**.

El valor del salario es el vigente para los meses de diciembre de 2017 a febrero de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada

por la actora en dichos meses y años.

5.5. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 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”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr a partir de su exigibilidad.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **04 de diciembre de 2017** y la señora CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA formuló reclamación administrativa el **25 de abril de 2019** (fls. 12 a 13), en tanto la demanda se presentó el **08 de noviembre de 2019** (fl. 22), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.6. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso

³ **ARTICULO 41.** 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.

⁴ **ARTICULO 102.** PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanen 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 sólo por un lapso igual.

⁵ **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 solo por un lapso igual.

contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe, por lo cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **25 de abril de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-72851.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el número **E-2019-72851 el 25 de abril de 2019**, a través de la cual la demandante, a través de apoderado, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **CLAUDIA ALEXANDRA TORRES ALMANZA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.051.874, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **04 de diciembre de 2017 y el 26 de febrero de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de diciembre de 2017 a febrero

de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **28 de febrero de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas a cargo de la entidad demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional y al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

DÉCIMO: Se reconoce personería al doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS**, como apoderado principal de la entidad demandada, conforme al poder general otorgado por el Doctor Luis Gustavo Fierro Maya, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, mediante Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019.

Así mismo, se reconoce personería a la doctora **ÁNGELA VIVIANA MOLINA MURILLO**, como apoderada sustituta de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder que obra en el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 11 de hoy 7 de mayo de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ
JUEZ
JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE
DE BOGOTA D.C.,

*Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez
jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12*

Código de verificación:

**524971aca2d0904480fca4c8e3caadb625171e66b407e17dc2e28bdd1148e
b95**

Documento generado en 06/05/2021 12:55:03 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-00**2019-00498-00**
Demandante: **CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO**
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES
Asunto: SENTENCIA

La señora **CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.463.015, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

-Que se declaren nulas las resoluciones: (i) **SUB 308310** del 26 de noviembre de 2018, por la cual se ordenó a la demandante reintegrar la suma de \$81.510.187 pesos m/cte. por concepto de retroactivo pensional y de mesadas pensionales; (ii) **SUB 57482** del 7 de marzo de 2019, por la cual se modificó la resolución SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018; (iii) **SUB 146504** del 10 de junio de 2019, por la cual se rechazó el recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución SUB 57482 del 7 de marzo de 2019, y (iv) **DPE 5754** del 11 de julio de 2019, por la cual no se accedió al recurso de queja contra la resolución SUB 146504 del 10 de junio de 2019.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a:

- i)** Abstenerse de solicitar el reintegro de la suma de \$81.510.187 pesos m/cte., por concepto de retroactivo pensional y de mesadas pensionales canceladas a la demandante y que, cualquier medida cautelar decretada para adelantar dicho cobro sea levantada.

- ii)** Resarcir los perjuicios ocasionados a la actora, por las ejecuciones de los actos administrativos cuestionados, los cuales se allegarán en el momento procesal oportuno.

- iii)** Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

- iv)** Pagar las costas y agencias en derecho.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el apoderado de la actora alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Mediante resolución No. 33073 del 27 de diciembre de 2000, CAJANAL, hoy Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, le negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a la demandante.

1.2.2. A través de la resolución No. 011833 del 09 de mayo de 2001 CAJANAL, hoy UGPP, resolvió un recurso de reposición, confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución anterior.

1.2.3. Por medio de la resolución No. 004554 del 13 de septiembre de 2001, CAJANAL, hoy UGPP, al resolver el recurso de apelación, confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución No. 33073 del 27 de diciembre de 2000.

1.2.4. La actora, a través de apoderado, demandó en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa los actos administrativos de CAJANAL que negaron la pensión de jubilación.

1.2.5. En atención a que la actora contaba con algunas semanas cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, la cual mediante resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006 le reconoció una pensión de jubilación por aportes en cuantía de \$536.006 pesos m/cte. a partir del 01 de julio de 2004, cancelándole un retroactivo pensional de \$13.447.631 pesos m/cte.

1.2.6. Que mediante sentencia del 09 de septiembre de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, bajo la radicación No. 25000232500020020215000, con ponencia del Dr. Carlos A. Pinzón Barreto, ordenó reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 16 de febrero de 2000.

1.2.7. A través de sentencia del 31 de enero de 2008, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, con ponencia del Dr. Alfonso Vargas Rincón, confirmó la sentencia del *a quo* proferida el 09 de septiembre de 2004.

1.2.8. CAJANAL, hoy UGPP, en cumplimiento de los anteriores fallos judiciales, le reconoció pensión de jubilación a la actora, mediante resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011, en cuantía de \$382.313.77 pesos m/cte. a partir del 15 de febrero de 2000, condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio, resolución que, en su artículo 8° dispuso enviar copia de la misma al ISS, para los fines legales pertinentes y sólo hasta agosto de 2013 la actora recibió la mesada pensional por parte de la UGPP.

1.2.9. Una vez expedida la resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011, el apoderado de la demandante radicó las siguientes comunicaciones ante las entidades pensionales:

- Comunicación No. 2012-722-048601 del 24 de febrero de 2012, radicada ante la UGPP, abordando: inclusión en nómina, cancelación de mesadas pensionales y remisión de documentos.
- Comunicación No. 2012-722-197151-2 del 17 de julio de 2012, radicada ante la UGPP, informando que la actora es pensionada por el ISS mediante la resolución 009468 de 2006, razón por la cual solicitó cruce de cuentas pensión ISS y pensión UGPP, dándole alcance a la solicitud anterior y remitiendo documentos.
- Comunicación No. 2012-722-314269-2 del 26 de noviembre de 2012, radicada ante la UGPP, abordando: inclusión en nómina, cancelación mesadas, cumplimiento de fallo judicial y alcance a la solicitud anterior.
- Comunicación No. 2013-514-039145-2 del 11 de febrero de 2013, radicada ante la UGPP, abordando: inclusión en nómina, cancelación mesadas pensionales, alcance a solicitud anterior y remisión de documentos.
- Comunicación No. 2013-514-039145-2 del 1° de marzo de 2013, radicada ante la UGPP, abordando: inclusión en nómina, cancelación de mesadas pensionales, alcance a solicitud anterior y remisión de documentos.
- Comunicación No. 2013-514-078085-2 del 15 de marzo de 2013, radicada ante la UGPP, referente a: inclusión en nómina, cancelación mesadas pensionales, alcance a solicitud anterior y remisión de documentos.
- Comunicación No. 2013-514-078085-2 del 17 de junio de 2013, radicada ante la UGPP, relacionada con: inclusión en nómina, cancelación mesadas pensionales, y alcance a solicitud anterior.
- Comunicación No. 2013 7800099 del 2 de octubre de 2013, radicada ante COLPENSIONES, mediante la cual se informó que la actora es pensionada por la UGPP mediante resolución UGM 018511 del 2011, que no puede devengar dos pensiones, que se abstiene de cobrar mesadas, y remite documentos.

1.2.10. El 17 de julio de 2012 el apoderado de la actora, mediante escrito No. 2012-722-197151-2 informó a la UGPP de la existencia de dos pensiones reconocidas a la misma y que se hacía necesario actuar en lo pertinente, especialmente realizar el cruce de las dos prestaciones, con lo cual se determinarían las diferencias de lo que está por pagar y lo ya pagado, y así estar a lo dispuesto en la legalidad del artículo 128 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

1.2.11. La UGPP incluyó en nómina de pensionados a la demandante sólo hasta una fecha comprendida entre el 17 de junio de 2013 (última solicitud formal de inclusión en nómina realizada por la parte actora) y agosto de 2013 (fecha en que se canceló la primera mesada pensional).

1.2.12. Mediante escrito radicado en COLPENSIONES bajo el No. 2013_7800099 del 29/10/2013 se informó de la existencia de dos pensiones reconocidas a la actora y que no se cobrarían mesadas de COLPENSIONES, y con ello estar a lo dispuesto en la legalidad del artículo 128 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

1.2.13. La demandante, después del reconocimiento de la pensión por parte de CAJANAL por lo ordenado en los fallos judiciales, no cobró ni ha cobrado mesada pensional al ISS, hoy COLPENSIONES.

1.2.14. Después de transcurrir ocho años aproximadamente, desde cuando la actora solicitó a las entidades pensionales UGPP (julio de 2012) y COLPENSIONES (octubre de 2013) se realizara el cruce respectivo entre las dos prestaciones y que se suspendiera el pago de la pensión de vejez reconocida con resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, para precisamente no incurrir en la trasgresión de lo establecido en la Constitución Política y en la Ley 4ª de 1992 y corregir lo relacionado con no recibir dos pensiones, COLPENSIONES profirió auto de prueba APSUB 908 del 7 de marzo de 2018 solicitando autorización expresa para revocar la resolución No. 09468 del 13 de marzo de 2006, expedida por el ISS.

1.2.15. En el referido auto, COLPENSIONES, afirmó que la resolución objeto de revocación se encontraba suspendida en nómina de pensionados

por no cobro de mesadas, amén que no fundamentó o motivó la revocación en la mala fe la actora, sino que, por el contrario, la resolución objeto de revocación fue proferida previo cumplimiento de requisitos legales.

1.2.16. La resolución ISS 009468 de 2006, objeto de revocación por parte de COLPENSIONES, dispuso en su parte resolutive que dicha prestación económica es incompatible con la percepción de otras asignaciones o pensiones del erario público, y para dicha fecha, la actora no tenía reconocida otra pensión.

1.2.17. Mediante resolución SUB 17565 del 27 de junio de 2018, COLPENSIONES remitió a la Dirección de Procesos Judiciales de la Gerencia de Defensa Judicial de la Vicepresidencia de Operaciones del Régimen de Prima Media, para que evaluara la posibilidad de iniciar las acciones legales a que hubiere lugar.

1.2.18. Con escrito radicado en COLPENSIONES bajo el No. 2018_8631571 del 24/07/2018 la actora, a solicitud de la entidad, autorizó de manera expresa la revocatoria de la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, la cual se encontraba suspendida en nómina de pensionados por no cobro de mesadas según auto de prueba No. APSUB 908 del 7 de marzo de 2018, habiendo sido su no cobro informado a COLPENSIONES, por parte de la pensionada, en octubre de 2013 bajo la radicación No. 2013_7800099.

1.2.19. Mediante resolución sub 205787 del 02 de agosto de 2018, COLPENSIONES revocó en todas y cada una de sus partes la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006.

1.2.20. A través de la resolución SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018, COLPENSIONES ordenó el reintegro de la suma de \$81.510.187 pesos m/cte. por concepto de retroactivo pensional liquidado a partir del 1° de julio de 2004 al 31 de marzo de 2006 y mesadas pensionales giradas a partir del 1° de abril de 2006 al 31 de octubre de 2014, a favor de dicha entidad.

1.2.21. Mediante resolución SUB 57482 del 7 de marzo de 2019, se modificó la resolución SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018, en el sentido de ordenar a COMPENSAR E.P.S. reintegrar la suma de \$8.449.700 pesos m/cte. por los descuentos de salud de la pensión de vejez por las

vigencias del 1° de noviembre de 2006 hasta el 30 de noviembre de 2014 a favor de COLPENSIONES.

1.2.22. Con escrito radicado en COLPENSIONES bajo el No. 2019_6572091 de mayo 20 de 2019, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución SUB 57482 del 07 de marzo de 2019.

1.2.23. El apoderado que asesoró y representó a la demandante en el trámite de reconocimiento pensional ante el ISS no es el mismo que lo hace en la presente controversia; sin perjuicio de lo cual, este último le manifestó que debía solicitar el cumplimiento de dicho fallo ante la UGPP y así procedió.

1.2.24. Mediante resolución SUB 1465 del 10 de junio de 2019 COLPENSIONES rechazó el recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución SUB 57482 del 7 de marzo de 2019, indicando a la vez que la actora podía interponer el recurso de queja dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación.

1.2.25. Acatando lo señalado en la parte resolutive de la resolución SUB 146504 del 10 de junio de 2019, mediante escrito radicado en COLPENSIONES bajo el No. 2019_8475785 del 26/06/2019, la actora, mediante apoderado, interpuso y sustentó el recurso de queja en contra de la resolución SUB 146504 del 10 de junio de 2019.

1.2.26. Mediante resolución DPE 5754 del 11 de julio de 2019 COLPENSIONES, aunque manifestó que podía interponerse el recurso de queja, no accedió al mismo, quedando agotada la vía gubernativa.

1.2.27. Se realizó conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 144 Judicial II para Asuntos Administrativos el 3 de diciembre de 2019, con No. interno 306-2019.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocida la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B” del 9 de septiembre de 2004, confirmada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso

Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” del 31 de enero de 2008, así como la resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011 de CAJANAL E.I.C.E. De igual forma, estimó desconocidos los artículos 29, 83 y 128 de la Constitución Política, 19 de la Ley 4^a de 1992, 164 del C.P.A.C.A., precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostiene que las actuaciones de la demandante están regidas por la buena fe, la confianza legítima y el respeto al acto propio, agregando que se ha ceñido estricta y rigurosamente a acatar lo ordenado tanto por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como por lo decidido en los actos administrativos que dieron cumplimiento a dichos fallos.

Afirma que la resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011, en su parte resolutive, ordenó el pago de una pensión vitalicia de vejez a favor de la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO, en cuantía de \$382.313.77 pesos m/cte., efectiva a partir del 16 de febrero de 2000, demostrando el retiro definitivo del servicio. De manera que, fue la misma CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, hoy UGPP, quien en acatamiento a unos fallos judiciales ordenó el pago de una pensión vitalicia de vejez con su respectivo retroactivo, sin que la actora hubiera intervenido o actuado con dolo o mala fe para que le fuera reconocida dicha pensión y su retroactivo.

Señala que tanto la actora como su apoderado actuaron bajo los principios de transparencia y la buena fe, ya que se solicitó la suspensión de las mesadas pensionales derivadas de la resolución No. 0094668 del 13 de marzo de 2006 por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, una vez CAJANAL E.I.C.E. la incluyó en nómina. En otras palabras, no hubo ni ha habido cobro de dos pensiones, puesto que desde el momento en que CAJANAL le reconoció su mesada pensional, la demandante se abstuvo de recibir pensión por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, manifestándolo por escrito, hasta el punto que todas las mesadas se encuentran suspendidas en nómina de pensionados por no cobro de las mismas, tal como lo reconoce la misma COLPENSIONES en la resolución SUB 308310 del 28 de noviembre de 2018.

Señala que está demostrada la buena fe de la actora cuando con escrito radicado ante la UGPP No. 2012_722-197151 del 17/07/2012 solicitó efectuar el cruce respectivo entre las dos prestaciones y la cancelación de las diferencias que resulten entre lo pagado por el ISS y lo ordenado en la resolución UGM 18511 de 2011. Por tanto, la demandante no tuvo ninguna injerencia en la expedición de los actos administrativos que reconocieron y ordenaron el pago de la pensión y su retroactivo, sino que su actuación se limitó a recibir lo ordenado tanto por la jurisdicción contencioso administrativa, como por la misma CAJANAL E.I.C.E. en acatamiento de la orden judicial, aunado a la loable intención de advertir tanto a CAJANAL E.I.C.E., hoy UGPP, como a COLPENSIONES los hechos antes mencionados, para que no se incurriera en lo que esta última, precisamente, está acusando a la actora.

Aduce que a la demandante se le endilga haber pretermitido el artículo 128 de la Constitución Política, así como el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, sin perjuicio de lo cual, la actora, una vez recibió la primera mesada pensional por parte de la UGPP, actuando de acuerdo con las disposiciones de dichas normas, informó en julio de 2012 a la UGPP –resaltando que la actora recibió de la UGPP su primera mesada de agosto de 2013– y, en octubre de 2013 a COLPENSIONES, para que se efectuara el cruce respectivo entre las dos prestaciones, así como la suspensión del pago de la pensión de vejez reconocida con resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006.

Afirma que, por lo anterior, la administración representada por la UGPP y COLPENSIONES, incurrió en una falta administrativa u operacional, toda vez que dichas entidades no atendieron oportunamente las solicitudes anteriormente citadas, lo cual habría evitado que ocho años después se presentara la situación que es objeto de cuestionamiento. Por lo tanto, se evidencia que la administración no obró con diligencia ante las solicitudes de su representada y dicha carga no debe ser asumida por la parte débil en el presente caso.

Manifiesta que COLPENSIONES, en ninguno de los apartes de las resoluciones objeto de la presente acción, fundamenta o motiva la mala fe, actuar doloso, deshonestidad de la actora, ni imputa conducta penal a la misma que motiven el reintegro del dinero. Por el contrario, los actos

demandados certifican que las pensiones fueron reconocidas previo el cumplimiento de requisitos legales exigidos. Así mismo, resaltó que COLPENSIONES no procedió a revocar de forma unilateral o directa el acto administrativo del ISS, hoy COLPENSIONES No. 009468 del 13 de marzo de 2006, facultad que tiene la administración cuando se está frente a un acto ficto o presunto y cuando el mismo fue obtenido a través de medios ilegales o fraudulentos.

En ese sentido, cita la providencia emitida por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” del 1° de septiembre de 2014, en la radicación No. 250002325000201100609-02 (3130-13), así como la sentencia SU-050 de 2017 de la Corte Constitucional, concluyendo que la actora no está obligada a reintegrar dineros recibidos de buena fe.

Así mismo, invoca los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, referente al debido proceso y a la buena fe, para concluir que COLPENSIONES debió ceñirse a lo previsto en normas preexistentes, así como al postulado de la buena fe, atendiendo lo dispuesto en la providencia del 8 de febrero de 2018, emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”, con ponencia del Dr. César Palomino Cortés, en el marco del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00067-01, así como en la Sentencia C-131 de 2004 de la Corte Constitucional.

Señala que, la Ley 1437 de 2011, en su artículo 164, numeral 1°, literal “c” determina que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; agregando, por un lado, que esta se presume en el actuar de la demandante y, por el otro, que es notoria, toda vez que por actos autónomos, propios y voluntarios de la actora y de su apoderado, la buena fe se imprimió cuando 8 años antes de la interposición de la demanda, se informó tanto a la UGPP como a COLPENSIONES, con lo cual se demuestra honestidad y estarse a la legalidad, siendo la actora quien tuvo la iniciativa de mediar la corrección.

Alude a que hubo negligencia por parte de la UGPP y por parte de COLPENSIONES al no atender las peticiones e información suministrada por la pensionada y su apoderado, especialmente: (i) el escrito del 17 de julio

de 2017 identificado con el No. 2012-722-197151-2, mediante el cual se le puso en conocimiento a la UGPP que la demandante, mediante resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, fue pensionada por el ISS a partir del 1° de julio de 2004 y que, por tal razón, al haberse reconocido dos pensiones a cargo del Estado y en consideración a que la reconocida por CAJANAL E.I.C.E. en liquidación fue ordenada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, solicitó el cruce respectivo entre las dos prestaciones y la cancelación de las diferencias que resulten de lo cancelado por el ISS y lo ordenado en la resolución UGM 1851 de 2001, desde el 16 de febrero de 2000, ya que la resolución del ISS determina el derecho a la pensión a partir del 1° de julio de 2004; (ii) el escrito radicado ante COLPENSIONES el 29 de octubre de 2013 bajo el No. 2013_7800099, mediante el cual se solicitó la suspensión del pago de la pensión de vejez reconocida con la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, en consideración a que se produjo un fallo de la jurisdicción contencioso administrativa ordenando a CAJANAL E.I.C.E. reconocer a la actora pensión de vejez, la cual en efecto lo fue mediante resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011, ordenando enviar copia de dicha resolución al ISS para los fines pertinentes y sólo hasta agosto de 2013 se le incluyó en nómina y se le canceló la primera mesada, señalando que se abstendría de cobrar la mesada pensional de octubre de 2013, la cual la entidad consignó en el Banco de Occidente, Sucursal Calle 140 con 19, así como de cobrar cualquier mesada pensional derivada de dicha resolución.

En consecuencia –señala– que la falta de diligencia por parte de la administración le hace el deber de asumir su propia culpa, para lo cual citó la providencia del 1° de septiembre del 2014, emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, en el proceso 25000-23-25-000-2011-00609-02 (3130-13).

Aduce que la administración tiene el deber de custodiar de forma segura y eficiente la información suministrada por los administrados, de manera que el manejo que le haya dado a la misma es de su responsabilidad y el no haber atendido oportunamente las comunicaciones Nos. 2012-722-197151-2, radicada ante la UGPP el 17 de julio de 2012 y 2013_7800099 radicada en COLPENSIONES el 29 de octubre de 2013, le hacen merecedora de responsabilidad y por lo tanto, no es admisible que las consecuencias de su

falla, error o negligencia sean trasladadas a la actora, citando como fundamento la sentencia SU-182 de 2019 de la Corte Constitucional.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **11 de febrero de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifestó que la demandante pretende que COLPENSIONES se abstenga de solicitar el reintegro de \$81.510.187 pesos m/cte. por concepto de retroactivo pensional y de mesadas pensionales canceladas por la entidad, desde la expedición del acto administrativo 009468 del 13 de marzo de 2006.

Señaló que el ISS, hoy COLPENSIONES, mediante resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006 reconoció una pensión de jubilación por aportes a la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO en cuantía de \$536.008 pesos m/cte. a partir del 01 de julio de 2004, de conformidad con el Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con la Ley 71 de 1988, cuya liquidación se basó en 1066 semanas cotizadas y se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 75% y un ingreso base de liquidación de \$714.677 pesos m/cte., cancelando un retroactivo pensional por un monto de \$13.447.630 pesos m/cte., indicando que el reconocimiento de la mencionada prestación es incompatible con la percepción de otras asignaciones o pensiones del erario público, notificada el 08 de mayo de 2006.

Aludió a que, posteriormente, mediante resolución No. 8603 del 29 de noviembre de 2010 la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, hoy Unidad Pensional y Parafiscal - UGPP reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez a la accionante, en cumplimiento a un fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección B, confirmada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, en cuantía de \$751.520 pesos m/cte. a partir del 16 de febrero de 2000, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio oficial.

Señaló que, subsiguientemente, a través del acto administrativo No. UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011, la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, hoy UGPP, reconoce una pensión de vejez en cumplimiento a un fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección “A”, a la hoy demandante, en cuantía de \$382.303 pesos m/cte. a partir del 16 de febrero de 2000.

Manifestó que como quiera que se evidenció que los tiempos tenidos en cuenta para reconocer la pensión de vejez a la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO, por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, en la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, como son los de la Aeronáutica Civil del 22/11/1975 al 31/01/1994, fueron usados en el reconocimiento de la pensión de vejez en CAJANAL E.I.C.E., hoy UGPP, resultaban incompatibles dichas prestaciones, tal como se establece en el artículo 128 de la Constitución Política.

Adujo que el señalado artículo contiene dos prohibiciones, a saber: (i) la de desempeñar simultáneamente empleos públicos y (ii) la de recibir dos o más asignaciones provenientes del tesoro público o de empresas o instituciones en las cuales el Estado tenga parte mayoritaria. A lo anterior agregó que, el vocablo “asignación” fue definido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a través de concepto del 10 de mayo de 2012 como un *“término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado”, percibidas por los servidores públicos – sin excepción, dado que la expresión “nadie” no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador”*.

Invocó el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 para señalar que el mismo no solo recogió la proscripción señalada en la Constitución, sino que se encargó de establecer de forma taxativa los cargos que podían ser desempeñados de forma excepcional sin contravenir lo expresamente prohibido, los cuales son: (i) las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa; (ii) las percibidas por el personal con

asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública; (iii) las percibidas por concepto de sustitución pensional; (iv) los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra; (v) los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud; (vi) los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas; y (vii) las que a la fecha de entrar en vigencia dicha ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados, para lo cual invocó la sentencia C-674 del 28 de junio de 2011 de la Corte Constitucional; aunando lo anterior, a lo previsto en la Circular Interna 01 de 2012 suscrita por la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios.

Manifestó que, en lo que respecta a la característica relacionada con la naturaleza pública de los aportes y rendimientos de los afiliados que constituyen en fondo común, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-378 de 1998, precisó que esos recursos, en razón de su naturaleza parafiscal, no pueden reputarse de propiedad ni el ente administrador ni del Estado y que la definición que hace el artículo del fondo común en el RPMD como de naturaleza pública, es para diferenciarlo del régimen de ahorro individual, donde cada afiliado posee su cuenta de ahorro individual y su aporte no es utilizado para garantizar el pago de la pensión de otros afiliados, contrario a lo que sí sucede en el RPMD.

Señaló que la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que si bien en virtud de los principios y estructura del Sistema Integral de Seguridad Social, encaminados a lograr unidad y universalidad en el aseguramiento de los riesgos, no resulta plausible que una persona perciba más de una pensión, lo cierto es que tal incompatibilidad ha sido aplicada en los casos en los que la Ley expresamente lo establece o resulta razonable definirlo de esa manera porque las dos prestaciones se fundamentan en los mismos tiempos de servicio.

Refirió a que, con ocasión de lo anterior, mediante resolución SUB 205787 del 2 de agosto de 2018, COLPENSIONES, previa autorización de la señora LAGUNA DE CHURUGUACO, revocó en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, expedida por el ISS que ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez y una vez realizado

el estudio de la entidad al respecto del presente caso, se determinó que mediante resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006 se reconoció un retroactivo pensional en cuantía de \$13.447.630 pesos m/cte. De manera que, como consecuencia de lo anterior, a la actora se le giró por concepto de mesadas pensionales giradas a partir del 1 de abril de 2006 al 31 de octubre de 2014, la cifra de \$89.901.382 pesos m/cte, sin perjuicio de lo cual una vez la entidad consultó la base de datos de reintegros, se observaron valores reintegrados por valor de \$8.391.195 pesos m/cte. de las mesadas correspondientes de diciembre de 2013 a octubre de 2014, razón por la cual se solicitó al Área de Nómina el descargue de dichos valores, mediante radicado 2018_14975364; en consecuencia, mediante el acto administrativo SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018 se indicó la necesidad de que la actora reintegrara \$81.510.187 pesos m/cte. a favor de COLPENSIONES.

Indicó que, teniendo en cuenta que mediante la resolución SUB 205787 del 2 de agosto de 2018 COLPENSIONES –previa autorización de la señora LAGUNA DE CHURUGUACO– revocó en todas y cada una de sus partes la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, expedida por el Instituto de Seguros Sociales, que ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, se concluye que COLPENSIONES se encuentra facultada para solicitar en cualquier tiempo la devolución de los recursos que se hubiesen transferido a la demandante por concepto de retroactivo pensional liquidado a partir del 1 de julio de 2004 al 31 de marzo de 2006 y por concepto de mesadas pensionales giradas a partir del 1 de abril de 2004 al 31 de octubre de 2014 equivalente a la suma señalada.

De otra parte, el apoderado de la parte demandada propuso las excepciones de:

i) Inexistencia del derecho reclamado por la parte actora: Señala que no ha nacido obligación contra COLPENSIONES, toda vez que el acto administrativo SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018, expedido por COLPENSIONES, que ordenó a la demandante el reintegro de \$81.510.187 pesos m/cte. por concepto de retroactivo pensional y de mesadas pensionales, fue proferido conforme a derecho, al igual que las resoluciones SUB 146504 del 10 de junio de 2019, SUB 57482 del 7 de marzo de 2019 y

DEP 5754 del 11 de julio de 2019, pues se evidenció que los tiempos tenidos en cuenta para reconocer a la actora la pensión de vejez por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, en la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006 como los de la Aeronáutica Civil del 22/11/1975 al 31/01/1994 fueron usados en el reconocimiento de la pensión de vejez en la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, hoy UGPP, por lo tanto, resultaban incompatibles dichas prestaciones, tal como se establece en el artículo 128 de la Constitución Política.

ii) Prescripción: Aduce que, sin reconocer derecho alguno a la demandante, se propone prescripción sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor de ésta, de conformidad con las normas legales, sobre las reclamaciones aducidas por la parte actora.

iii) Buena fe: Manifiesta que COLPENSIONES en todas sus actuaciones tiene que someterse al imperio de la Constitución y de la Ley, conforme lo prescriben los artículos 121, 122 y 128 de la Carta Política, siendo ello lo que ha acatado hasta el momento, y que la buena fe en la labor misional de COLPENSIONES surge precisamente de la estricta aplicación de las mismas, así como del precedente jurisprudencial, los cuales permiten conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho. De esta manera, existiendo 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 de la demandante controvertir tanto la presunción legal del acto como la buena fe en la decisión.

iv) Genérica o innominada: Solicita se declaren las excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **26 de marzo de 2021**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el día **25 de marzo de 2021**, presentó alegatos de conclusión mediante los cuales reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando desestimar las pretensiones de la demanda.

4.3. Agente del Ministerio Público

La señora agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. De la solicitud de suspensión provisional

En el libelo demandatorio se estableció un acápite denominado “*SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL*”, en el cual se impetró dicha medida respecto de la resolución SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018, a través de la cual COLPENSIONES solicitó a la actora reintegrar la suma de \$81.510.187.00 pesos m/cte., siendo aquella una de las resoluciones demandadas, para lo cual se apoyó en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.

Sobre el particular, se advierte que, de conformidad con el artículo 233 del C.P.A.C.A. correspondía correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronunciara, cuya notificación había de realizarse simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, actuación que si bien no fue surtida, se entiende saneada en aplicación del numeral 1° del artículo 136 del C. G. del P., de conformidad con el cual:

“ARTÍCULO 136. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. *La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:*

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.

(...)"

Lo anterior, por cuanto dentro de las causales de nulidad consagradas en el artículo 133 del C. G. del P., inciso final, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., es causal de nulidad, entre otras, “...**Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código**” (negrillas fuera de texto).

En este sentido, dado que la parte demandante actuó con posterioridad al auto admisorio de la demandada sin que haya alegado la nulidad por falta de notificación de la medida cautelar solicitada, dicha omisión quedó saneada, y en tal virtud, no se encuentran afectadas las actuaciones posteriores realizadas dentro del presente proceso, máxime teniendo en cuenta que las mismas no dependían de dicha providencia.

5.2. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

Frente a las excepciones de **inexistencia del derecho reclamado por la parte actora** y **buena fe** interpuestas por el apoderado de la parte demandada, este Despacho considera que los argumentos en ellas expuestos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituyen excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

Respecto a la excepción de **prescripción**, será resuelta en el evento de prosperar las súplicas de la demanda y, en cuanto a la excepción **genérica**, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en este momento procesal.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Copia de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, del 09 de septiembre de 2004, expedida en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2002-02150, mediante la cual dicha corporación –entre otros aspectos– ordenó a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL reconocer y pagar a la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO la pensión de vejez consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 16 de febrero de 2000 (Fls. 38 a 46).

5.2.2. Copia de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, de enero 31 de 2008, expedida en el marco del proceso 25000232500020020215001, mediante la cual se confirmó la sentencia apelada del 09 de septiembre de 2004 (Fls. 47 y 56).

5.2.3. Copia de la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, expedida por el ISS, mediante la cual concedió una pensión de jubilación por aportes a la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO a partir del 01 de julio de 2004 (Fls. 57 a 59).

5.2.4. Copia del oficio No. 2927 del 14 de marzo de 2006, mediante el cual la Gerente II Centro Atención Pensiones del ISS le informó a la actora que su solicitud prestacional fue resuelta de fondo, señalándole, por un lado, las condiciones para ser notificada el acto administrativo correspondiente y; por el otro, que de no presentar inconsistencias la prestación, se le ingresaría a nómina de pensionados en abril de 2006, pagándose en mayo del mismo año (Fl. 60).

5.2.5. Copia de la resolución No. UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011 mediante la cual CAJANAL E.I.C.E. en liquidación resolvió “...dar cumplimiento a la sentencia de 09 de Mayo (sic) de 2004 proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, confirmada por el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” en fallo del 31 de enero de 2008 y en consecuencia Reconocer y ordenar el pago a favor de la señora LAGUNA DE CHURUGUACO CLARA INÉS (...) de una pensión mensual vitalicia por vejez, en cuantía de \$382.303.77/100 (...) a partir del 16 de febrero de 2000 (...) El peticionario debe demostrar retiro definitivo del servicio en los términos previstos por la Ley, para el disfrute de esta pensión...” y su notificación personal del 16 de diciembre de 2011 (Fls. 61 a 68).

5.2.6. Copia del oficio radicado bajo el No. 2012-722-04860 en la UGPP el 24 de febrero de 2012, mediante el cual la actora, a través de apoderado, solicitó su inclusión en nómina en marzo de dicho año (Fl. 69).

5.2.7. Copia del oficio radicado bajo el No. 2012-722-197151-2 en la UGPP el 17 de julio de 2012, mediante el cual la actora, a través de apoderado, adicionó la petición No. 2012-722-04860 del 24 de febrero de 2012, en el sentido de informar que la misma fue pensionada por el ISS a partir del 1° de julio de 2004, de manera que –al habersele reconocido dos pensiones a cargo del Estado, siendo la de CAJANAL ordenada por la jurisdicción Contencioso Administrativa– solicitó efectuar el cruce respectivo entre las dos prestaciones y cancelar las diferencias que resulten entre lo cancelado por el ISS y lo ordenado en la Resolución UGM 18511 de 2011, desde el 16 de febrero de 2000, ya que la resolución del ISS determina el derecho a la pensión desde el 1° de julio de 2004. (Fls. 70 a 71).

5.2.8. Copia del oficio radicado bajo el No. 2012-722-314269-2 en la UGPP el 26 de noviembre de 2012, mediante el cual la actora, a través de apoderado, solicitó nuevamente la inclusión en nómina y el pago del retroactivo ordenado por la jurisdicción contencioso administrativo o se le informe inmediatamente cuándo se le cancelará lo adeudado (Fls. 72 a 73).

5.2.9. Copia del oficio radicado ante la UGPP el 11 de febrero de 2013 bajo el radicado No. 2013-514-039145-2, mediante el cual la actora, a través de apoderado, solicitó continuar con el trámite de solicitud de inclusión en nómina y con el respectivo pago del retroactivo, aduciendo que el 24 de febrero de 2012 se allegó certificación original del Jefe del Grupo de Situaciones Administrativas de la AEROCIVIL del retiro del servicio de la

actora el 31 de enero de 1994 (Fl. 74).

5.2.10. Copia del oficio radicado ante la UGPP el 01 de marzo de 2013 bajo la radicación No. 2013-514-061118-2, mediante el cual la actora, a través de apoderado solicitó continuar con el trámite de solicitud de inclusión en nómina y el pago del retroactivo (Fl. 75).

5.2.11. Copia del oficio radicado ante la UGPP el 15 de marzo de 2013 bajo el No. 2013-514-078085-2, mediante el cual la actora, a través de apoderado, solicitó continuar con el trámite de solicitud de inclusión en nómina y el pago del retroactivo, bajo el entendido de que la certificación referente al retiro allegada mediante oficios anteriores tiene plena validez para la inclusión en nómina, no siendo necesario que se expida un acto administrativo de retiro (Fl. 76 a 77).

5.2.12. Copia del formulario de entrega de documentos solicitados por la UGPP, señalando como documento requerido el acto administrativo de retiro del servicio oficial C.C. 41463015 (Fl. 78).

5.2.13. Copia del oficio 3102-234-2013010724 del 13 de marzo de 2013, mediante la cual el Jefe del Grupo de Situaciones Administrativas de la Aeronáutica Civil informa que la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO fue retirada del servicio el 31 de enero de 1994 en virtud de la reestructuración administrativa que entonces surtió el Departamento Administrativo de la Función Pública, transformándose en Unidad Administrativa Especial (Fl. 79).

5.2.14. Copia de la comunicación del 31 de enero de 1994, mediante la cual la Jefe de División de Personal de la Aeronáutica Civil le informó a la actora que en dicha fecha se produjo la incorporación de los funcionarios de planta de personal de dicha entidad sin que ella fuera incluida (Fl. 80).

5.2.15. Copia del oficio radicado en la UGPP el 17 de junio de 2013, bajo el No. 2013-514-162454-2, mediante el cual la demandante, a través de apoderado, manifestó que el acto de retiro se había aportado ya cuatro veces, por lo cual solicitó continuar con el trámite de inclusión en nómina y pago del retroactivo (Fl. 81).

5.2.16. Copia del oficio radicado ante COLPENSIONES el 29 de octubre de 2013 bajo el No. 2013_7800099, mediante el cual la actora, en nombre propio, solicitó a dicha entidad la suspensión del pago de la pensión de vejez reconocida mediante la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, en consideración a que se produjo un fallo ordenando a CAJANAL E.I.C.E. reconocerle pensión de vejez, el cual fue cumplido mediante resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011, en cuyo artículo 8° se ordenó enviar copia de dicha resolución al ISS para los fines pertinentes y sólo hasta agosto de 2013 se le incluyó en nómina y se le canceló la primas mesada (Fl. 82).

5.2.17. Copia del auto de pruebas No. APSUB 908 del 07 de marzo de 2018, mediante el cual COLPENSIONES solicitó el consentimiento para revocar la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006 a la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO (Fls. 83 a 84).

5.2.18. Copia de la resolución No. SUB 171565 del 27 de junio de 2018, mediante la cual COLPENSIONES remitió copia del mismo a la Gerencia de Defensa Judicial de la Vicepresidencia de Operaciones del Régimen de Prima Medida de COLPENSIONES para que tramitara y evaluara la posibilidad de iniciar acciones legales a las cuales pudiere haber lugar en contra de la actora; y su notificación del 10 a la demandante el 10 de julio de 2018 (Fls. 85 a 90).

5.2.19. Copia del oficio radicado en COLPENSIONES el 24 de julio de 2018 bajo el No. 2018_8631571, mediante el cual la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO autorizó de manera expresa la revocación de la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, al cual señaló adjuntar el radicado del 29 de octubre de 2013 mediante el cual solicitó suspender el pago de la pensión de vejez reconocida mediante dicha resolución (Fl. 91).

5.2.20. Copia del oficio radicado en COLPENSIONES el 20 de mayo de 2019 bajo el No. 2019_6572091, mediante el cual la actora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación como respuesta a la notificación por aviso 2019-3100552 del 1 de febrero de 2019, argumentando que no fue su intención actuar de mala fe contra el Estado por cuanto la solicitud de

pensión ante CAJANAL fue presentada por su abogado y que por su edad y condición médica le resulta difícil devolver el dinero como la entidad lo propone (Fl. 92).

5.2.21. Copia del oficio radicado en COLPENSIONES el 26 de junio de 2019 bajo el No. 2019_8475785, mediante el cual la actora, a través de apoderado, interpuso recurso de queja y/o súplica contra la resolución SUB 146504 del 10 de junio de 2019, por la cual se rechazaron los recursos de reposición y apelación contra la resolución SUB 57482 del 7 de marzo de 2019, y se revocara el artículo primero de la resolución SUB 3083 del 25 de noviembre de 2018 que ordenó a la actora reintegrar la suma de \$81.510.187 pesos m/cte. (Fls. 93 a 102).

5.2.22. Copia de la resolución No. SUB 205787 del 2 de agosto de 2018, mediante la cual COLPENSIONES revocó en todas y cada una de sus partes la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006 que ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a la señora LAGUNA DE CHURUGUACO CLARA INÉS, así como su notificación a la actora el 10 de agosto de 2018 (Fls. 103 a 106).

5.2.23. Copia de la resolución No. SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018, mediante la cual COLPENSIONES ordenó a la actora el reintegro de la suma de \$81.510.187 pesos m/cte. por concepto de retroactivo pensional liquidado a partir del 1° de julio de 2004 al 31 de marzo de 2006 y por concepto de mesadas pensionales giradas a partir del 1° de abril de 2006 al 31 de octubre de 2014, a favor de COLPENSIONES, y su notificación por aviso a la actora (Fls. 107 a 114).

5.2.24. Copia de la resolución No. SUB 57482 del 7 de marzo de 2019, mediante la cual COLPENSIONES modificó la resolución SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018, en el sentido de ordenar a COMPENSAR E.P.S. reintegrar la suma de \$8.449.700 pesos m/cte. por los descuentos en salud de la pensión de vejez por las vigencias del 1° de noviembre de 2006 hasta el 30 de noviembre de 2014 y su notificación por aviso a la actora (Fls. 115 a 121).

5.2.25. Copia de la resolución No. SUB 146504 del 10 de junio de 2019, mediante la cual COLPENSIONES rechazó el recurso de posición y en subsidio de apelación presentado por la actora en contra de la resolución SUB 57482 del 7 de marzo de 2019, que resolvió un recurso de reposición presentado por la E.P.S. COMPENSAR, y su notificación al apoderado de la actora de fecha 19 de junio de 2019 (Fls. 122 a 126).

5.2.26. Copia de la resolución No. DPE 5754 del 11 de julio de 2019, mediante la cual COLPENSIONES no accedió al recurso de queja presentado por el apoderado de la actora, así como su notificación personal a la demandante el 15 de julio de 2019 (Fls. 127 a 130).

5.2.27. Constancia del acta de conciliación extrajudicial fallida No. E-2019-64-7354 de la Procuraduría 144 Judicial para Asuntos Administrativos de fecha 3 de diciembre de 2019 (Fls. 131 a 131 *vlto*).

5.2.28. Acta de Conciliación Extrajudicial fallida No. E-2019-647354 de la Procuraduría 144 Judicial para Asuntos Administrativos del 3 de diciembre de 2019 (Fls. 132 a 132 *vlto*).

5.2.29. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Clara Inés Laguna de CHURUGUACO (Fl. 133).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

El problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si procede o no la nulidad de los actos administrativos acusados por medio de los cuales se dispuso el reintegro de la suma de \$81.510.187,00 m/cte., por concepto del retroactivo pensional reconocido a la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO, del 1° de julio de 2004 al 31 de marzo de 2006 y de las mesadas pensionales giradas, a partir del 1° de abril de 2006 al 31 de octubre de 2014, y se decidieron los recursos interpuestos contra dicha decisión.

5.4. NORMATIVA APLICABLE AL CASO BAJO ESTUDIO

5.4.1. De la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

La Constitución Política de 1991 prevé en su artículo 128 la expresa prohibición de recibir simultáneamente más de una asignación proveniente del tesoro público, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público **ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado**, salvo los casos expresamente determinados por la ley.*

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” (Negrillas fuera de texto).

De conformidad con lo señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia T-066 de 2010, en punto al análisis del alcance del antes transcrito artículo, adujo que el mismo comprende el término “asignación”, proveniente de la Constitución de 1886, reformada por el acto legislativo No. 1 de 1936, con el fin de incluir en él toda clase de remuneraciones, emolumentos, honorarios, **mesadas pensionales**, y demás, que pudieran percibirse del erario público, como sigue:

*“Razones de moralidad de la administración y del poder público llevaron a la modificación del texto anterior, mediante la expedición el acto legislativo No. 1 de 1936, cuyo artículo 23 reformó expresamente el artículo 64 de la Carta de 1886, **en el sentido de cambiar el término sueldo por el de asignación con el fin de incluir allí toda clase de remuneraciones, emolumentos, honorarios, mesadas pensionales, etc., que pudieren percibirse con cargo al erario público.** Este artículo también amplió el campo de cobertura de la disposición y extendió su aplicación a las empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado. Así mismo, precisó el significado y alcance de la expresión tesoro público en el sentido de comprender el tesoro de la nación, los departamentos y los municipios; sin embargo, dejó incólume la parte de la norma que autorizaba a la ley para señalar excepciones a dicha regla general.*

La Constitución de 1991 conserva este mandato en su integridad, y le agrega la prohibición de que cualquier

persona desempeñe más de un cargo público. También adecua el texto del mandato a la nueva normativa, y extiende la definición de tesoro público al patrimonio de las entidades descentralizadas (artículo 128 superior)” (Negrillas y subrayas del Despacho).

Ahora bien, el aludido mandato constitucional fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 con las siguientes palabras:

*“ARTÍCULO 19. **Nadie podrá** desempeñar simultáneamente más de un empleo público, **ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.** Exceptuánse las siguientes asignaciones:*

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Por consiguiente, la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público permite las excepciones contempladas en el artículo que se viene de transcribir, esto es, las de: (i) los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa; (ii) el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública; (iii) las sustituciones pensionales; (iv) los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra; (v) los honorarios de los miembros de junta directiva en razón a sus asistencia a las mismas, siempre que no se trate

de más de dos; y (vi) las que, a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, beneficiaran a los servidores oficiales docentes pensionados.

5.4.2. De la revocatoria directa de los actos administrativos.

El artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, al respecto de la revocación directa de los actos administrativos prevé:

“Artículo 93. Causales de revocación. **Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte,** en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”
(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por su parte, en lo que atañe a los actos de carácter particular y concreto, el artículo 97 *ibídem* señaló que los mismos no podrán ser revocados salvo que medie consentimiento expreso, previo y escrito por parte del titular, así:

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

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

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

Parágrafo. *En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.*” (Negritas y subrayas del Despacho).

5.4.3. De la buena fe respecto al reintegro de las mesadas pensionales.

El artículo 83 de la Constitución Política, preceptúa:

“ARTICULO 83. *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 adelanten ante éstas.*” (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, el numeral 4° del artículo 3° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, define el principio de buena fe, así:

“ARTÍCULO 3°. PRINCIPIOS. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

(...)

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

(...)” (Negritas y subrayas fuera de texto),

Igualmente, el literal c) del numeral 1° del artículo 164 *ibídem*, señala:

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

1. *En cualquier tiempo, cuando:*

(...)

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

De otra parte, el artículo 19 de la Ley 793 de 2003, en punto de la revocatoria de pensiones reconocidas en forma irregular consagró:

“Artículo 19. Revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente. Los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que exista motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes.” (Negrillas originales, subrayas fuera de texto).

Se colige de lo anterior que allí cuando una pensión ha sido reconocida de forma irregular la institución de seguridad social debe verificar el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento. De manera que, de comprobarse el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se realizó con base en documentación falsa, se debe revocar el acto mediante el cual se reconoció, incluso sin el consentimiento del particular.

Por otro lado, en lo que respecta a los efectos de la revocatoria directa, la H. Corte Constitucional, mediante sentencia SU 182 del 2019, en el marco del expediente T-6.796.815, señaló:

“(ix) **Efectos de la revocatoria.** La revocatoria directa solo tiene efectos hacia el futuro (ex nunc)¹. La administración no puede recuperar los dineros que haya girado en una maniobra fraudulenta a través de este mecanismo, sino que debe acudir al juez administrativo, quién sí es competente

¹ Sentencia C-835 de 2003 MP. Jaime Araujo. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. CP: Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 16 de julio de 2002. Radicación número: 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029).

para retrotraer todas las consecuencias que ocasionó un acto administrativo contrario a derecho².

(x) **Alcance de la revocatoria y recurso judicial.** *La revocatoria unilateral es un mecanismo de control excepcional promovido por la propia administración. Esta no resuelve definitivamente sobre la legalidad de un acto administrativo, ni tiene la competencia para expulsar del ordenamiento un acto pensional y retrotraer sus efectos. Tanto la administración como los particulares podrán acudir ante el juez competente para resolver de forma definitiva las diferencias que surjan en torno a un reconocimiento pensional.” (Llamados y negrillas fuera de texto, subrayas añadidas).*

5.5. CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO pretende que se declaren nulas las resoluciones: **SUB 308310** del 26 de noviembre de 2018, por la cual se ordenó a la demandante reintegrar la suma de \$81.510.187 pesos m/cte. por concepto de retroactivo pensional y de mesadas pensionales; (ii) **SUB 57482** del 7 de marzo de 2019, por la cual se modificó la resolución SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018; (iii) **SUB 146504** del 10 de junio de 2019, por la cual se rechazó el recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución SUB 57482 del 7 de marzo de 2019, y (iv) **DPE 5754** del 11 de julio de 2019, por la cual no se accedió al recurso de queja contra la resolución SUB 146504 del 10 de junio de 2019.

De igual forma, depreca que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a abstenerse de solicitar el reintegro de la suma de \$81.510.187 pesos m/cte., por concepto de retroactivo pensional y de mesadas pensionales canceladas a la demandante y que, cualquier medida cautelar decretada para adelantar dicho cobro sea levantada.

Del mismo modo, solicitó el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a la actora por las ejecuciones de los actos administrativo cuestionados, los

² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Arts. 138 y 164, núm. 1º, literal c.

cuales adujo se allegaría en el momento procesal oportuno, sin perjuicio de lo cual, en el libelo demandatorio –ni en las pruebas allegadas con el mismo– se hizo alusión a los mismos, por lo cual el Despacho se abstendrá de pronunciarse al respecto.

Así las cosas, de las pruebas allegadas al proceso, se conoce que, mediante resolución **SUB 205787 del 02 de agosto de 2018**, COLPENSIONES revocó en todas y cada una de sus partes la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez a la actora por parte de dicha entidad. Lo anterior, toda vez que mediante oficio radicado en COLPENSIONES el **24 de julio de 2018 bajo el No. 2018_8631571**, la señora CLARA INÉS LAGUNA DE CHURUGUACO autorizó de manera expresa la revocación de la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, en respuesta al auto de pruebas No. **APSUB 908 del 07 de marzo de 2018**, mediante la cual COLPENSIONES solicitó su consentimiento para revocar la mencionada resolución.

Con ocasión de lo anterior, COLPENSIONES, mediante resolución **SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018** ordenó a la actora el reintegro de la suma de \$81.510.187 pesos m/cte. por concepto de retroactivo pensional liquidado a partir del 1° de julio de 2004 al 31 de marzo de 2006 y por concepto de mesadas pensionales giradas a partir del 1° de abril de 2006 al 31 de octubre de 2014, a favor de COLPENSIONES.

Cabe advertir que COLPENSIONES, en la resolución antedicha, invocó como parte de sus antecedentes el reconocimiento de una pensión a la actora por parte de CAJANAL, por medio de la resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011 dando cumplimiento a la sentencia de 09 de septiembre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección “B”, confirmada por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “A” en fallo del 31 de enero de 2008, a partir del **16 de febrero de 2000**, bajo el argumento de que ciertos tiempos tenidos en cuenta para ambas pensiones coincidían, de manera que con ello se contravino el artículo 128 de la Constitución Política.

Además de lo anterior, de la parte considerativa de la señalada resolución también se lee: “[e]s preciso informar, que **el presente título, se crea teniendo en cuenta la información que reposa en los aplicativos de esta Administradora a la fecha de la expedición del presente acto administrativo**” (negritas fuera de texto), no obstante lo cual, obra en el expediente documental que, aunque reposaba en COLPENSIONES para la fecha de expedición del acto administrativo en comento, no fue tomada en cuenta o, por lo menos, no fue mencionada en el mismo, a saber: el oficio radicado ante COLPENSIONES el **29 de octubre de 2013 bajo el No. 2013_7800099**, mediante el cual la actora, en nombre propio, solicitó a dicha entidad la suspensión del pago de la pensión de vejez reconocida mediante la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, en consideración a que se produjo un fallo ordenando a CAJANAL E.I.C.E. reconocerle pensión de vejez, la cual así lo fue mediante resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011, en cuyo artículo 8° **se ordenó enviar copia de dicha resolución al ISS** para los fines pertinentes y sólo hasta agosto de 2013 se le incluyó en nómina y se le canceló la primera mesada.

De esta manera, para el Despacho es claro que cuando la demandante empezó a recibir la primera mesada de la pensión reconocida por CAJANAL E.I.C.E., de buena fe comunicó la situación a COLPENSIONES, con el fin de que se suspendiera el pago de la prestación, **quien guardó silencio al respecto.**

Ahora bien, también obra en el expediente la aludida resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011, expedida por CAJANAL E.I.C.E., de cuya parte resolutive se lee:

“ARTÍCULO QUINTO: La presente pensión estará sujeta a todas las incompatibilidades legales.

(...)

ARTÍCULO OCTAVO: Por el Grupo de NOTIFICACIONES, envíese copia del presente acto administrativo al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, para los fines legales pertinentes.” (Negritas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, para esta juzgadora es claro que COLPENSIONES, tuvo conocimiento del doble reconocimiento pensional a la actora, sin que llevara a cabo ninguna actuación al respecto sino hasta el año 2018 cuando a través del auto de pruebas No. 2018_2704793_9 solicitó el consentimiento a la actora para revocar la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006, del cual, por lo demás, se lee:

*“Igualmente, el Instituto De Seguros Sociales Hoy Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES mediante Resolución No. 009468 de 13 de Marzo de 2006 se reconoce una pensión de jubilación por aportes a la señora LAGUNA DE CHURUGUACO CLARA INES ya identificada, en cuantía de \$536.008 a partir del 01 de julio de 2004, de conformidad con el régimen de Transición establecido en el artículo 36 la Ley 100 de 1993 en concordancia con la ley 71 de 1988, la liquidación se basó en 1066 semanas cotizadas y se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 75% y un ingreso base de liquidación de \$714.677, cancelando un retroactivo pensional por monto 13.447.630, indicando que el reconocimiento de la mencionada prestación es incompatible con la percepción de otras asignaciones o pensiones del erario público, notificada el día 08 de Mayo de 2006, **la cual se encuentra actualmente suspendida en nomina (sic) de pensionados por no cobro de mesadas**” (Negrillas y subrayas añadidas).*

Como puede verse, la actora dejó de cobrar las mesadas de la pensión reconocida por el ISS, corroborando que su actuar no estuvo dirigido por la mala fe.

Añádase a lo anterior que, en la parte considerativa de la varias veces invocada resolución UGM 018511 del 25 de noviembre de 2011, la entonces CAJANAL adujo:

*“Que mediante oficio PAPF – REP 7806 del **25 de enero de 2011, se consultó proyecto de resolución de fecha 29 de noviembre de 2010 al Instituto de Seguros Sociales**, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 2709 de 1994 y art. 2do de la ley 33/85.*

*Que mediante oficio **No. 000318 del 14 de febrero de 2011 el Seguro Social, objetó la cuota parte pensional consultada**, señalando entre otras razones, que el fallo objeto de cumplimiento en el presente acto administrativo, no lo obliga a concurrir en el pago de la cuota parte pensional.*

Que es necesario precisar que la objeción realizada por parte del Seguro Social no aplica toda vez que la accionante reúne con los requisitos del artículo 33 de la ley 100 de 1993, por consiguiente se procede a expedir el presente acto administrativo en cumplimiento al fallo del Consejo de Estado de fecha 31 de enero de 2008” (Negrillas y subrayas del Despacho).

Así las cosas, salta a la vista que, por lo menos **desde el año 2011** COLPENSIONES tuvo conocimiento de lo sucedido, sin que haya realizado las acciones que le correspondían en su momento.

Ahora bien, cuando está en discusión la devolución de las sumas de dinero pagadas y no debidas, deberá establecerse si las mismas fueron percibidas de buena fe, lo cual, para el Despacho es claro que en el caso que nos ocupa así fue, pues dicha presunción no fue desvirtuada por la entidad demandada. De hecho, la situación ocurrida no vislumbra que sea aplicable el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 toda vez que, la información aportada por la actora para obtener su pensión en el ISS no fue falsa ni desconoció requisitos ordenados por la ley.

Así pues, como corolario de lo expuesto, se precisa entonces que si bien el Estado tiene la facultad de revocar los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas, el legislador impone un límite consistente en que no puede recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; por consiguiente, correspondiendo en el presente caso a COLPENSIONES probar que la beneficiaria de la pensión actuó de mala fe, no lo hizo.

Por el contrario, se advierte que ante la solicitud deprecada por la demandante, COLPENSIONES de manera autónoma consideró que la misma tenía derecho al reconocimiento y pago de una pensión, lo que generó en aquella una legítima confianza de que dicha prestación le fue otorgada conforme a la Ley, lo cual cambió cuando le fue reconocida pensión por CAJANAL, luego de cuyo primer pago, la actora –oportuna y diligentemente– **solicitó cruce de cuentas y suspensión de mesadas por parte de COLPENSIONES.**

En efecto, obra comunicación **No. 2012-722-197151-2 del 17 de julio de 2012**, radicada ante la UGPP, mediante la cual el apoderado de la actora informó que esta era pensionada por el ISS mediante la resolución 009468 de 2006, razón por la cual **solicitó cruce de cuentas pensión ISS y pensión UGPP**, dándole alcance a la solicitud anterior y remitiendo documentos.

Así mismo, mediante comunicación **No. 2013 7800099 del 2 de octubre de 2013**, radicada ante COLPENSIONES, se informó que la actora era pensionada por la UGPP mediante resolución UGM 018511 del 2011, **que no puede devengar dos pensiones, que se abstiene de cobrar mesadas**, y remite documentos.

En ese sentido, no es posible establecer la mala fe de la actora, pues no se encuentra acreditado que la misma haya acudido a maniobras engañosas o documentos falsos para obtener su pensión ante COLPENSIONES, que en este momento procesal permitan al Despacho inferir un actuar doloso dirigido a defraudar a la Administración; por el contrario, se observa que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES fue la que omitió realizar un estudio juicioso del caso concreto, cuando a través de la actora y de la UGPP tuvo conocimiento de lo ocurrido, incurriendo en una negligencia tal que conllevó a continuar con el reconocimiento de dicha y, lo cual da lugar a la aplicación del principio “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” según el cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

En consecuencia, para el Despacho es claro que la revocatoria de la resolución No. 009468 del 13 de marzo de 2006 que le reconoció una pensión de jubilación por aportes a la demandante, **no conduce de suyo al reintegro de los valores pagados, por cuanto quedó demostrado que la actuación de la demandante fue de buena fe, al punto de abstenerse de cobrar las mesadas consignadas a su favor después de obtener su reconocimiento pensional por parte de la UGPP**, y así evitar incurrir en la prohibición de devengar más de dos asignaciones del tesoro nacional, consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política.

Por consiguiente, se declarará la nulidad de la resolución **SUB 308310** del 26 de noviembre de 2018, por la cual se ordenó a la demandante reintegrar la suma de \$81.510.187 pesos m/cte. por concepto de retroactivo pensional y de mesadas pensionales, y, por sustracción de materia, también lo serán las resoluciones: (ii) **SUB 57482** del 7 de marzo de 2019, por la cual se modificó la resolución SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018; (iii) **SUB 146504** del 10 de junio de 2019, por la cual se rechazó el recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución SUB 57482 del 7 de marzo de 2019, y (iv) **DPE 5754** del 11 de julio de 2019, por la cual no se accedió al recurso de queja contra la resolución SUB 146504 del 10 de junio de 2019, **pues se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad que amparaba a dichos actos administrativos.**

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará el fenómeno de la prescripción, por cuanto la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la propuso como medio exceptivo.

Sobre el particular, advierte el Despacho que en razón a que la presente controversia gira en torno a la nulidad de la solicitud de reintegro de mesadas pensionales, estamos en presencia de una prestación social que tiene la naturaleza de periódica, por lo que su connotación de imprescriptible e irrenunciable hace que pueda ser demandada en cualquier tiempo, razón suficiente para no dar prosperidad a la excepción propuesta.

5.7. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso, hayan incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones: (i) **SUB 308310** del 26 de noviembre de 2018, por la cual se ordenó a la demandante reintegrar la suma de \$81.510.187 pesos m/cte. por concepto de retroactivo pensional y de mesadas pensionales; (ii) **SUB 57482** del 7 de marzo de 2019, por la cual se modificó la resolución SUB 308310 del 26 de noviembre de 2018; (iii) **SUB 146504** del 10 de junio de 2019, por la cual se rechazó el recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución SUB 57482 del 7 de marzo de 2019, y (iv) **DPE 5754** del 11 de julio de 2019, por la cual no se accedió al recurso de queja contra la resolución SUB 146504 del 10 de junio de 2019.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, deberá i) **ABSTENERSE** de solicitar el reintegro de la suma de \$81.510.187 pesos m/cte., por concepto de retroactivo pensional y de mesadas pensionales canceladas a la demandante y ii) **LEVANTAR**, cualquier medida cautelar decretada para adelantar dicho cobro.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones-

QUINTO: Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

SEPTIMO: Se reconoce personería para actuar a la doctora **ANGY GRACIELA CASTELLANOS**, como apoderada sustituta de la parte demandada, en virtud del poder aportado al expediente.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

Firmado Por:
GLORIA MERCEDES
VASQUEZ
JUEZ
JUZGADO 018
DE LA CIUDAD DE
SANTAFE DE

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 11 de hoy 7 de mayo de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

JARAMILLO
ADMINISTRATIVO
BOGOTA, D.C.-
BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bfdb99671c85f5ffbcadd77615e79c0bfa8460bf4b0505390e95ab704358d320**
Documento generado en 06/05/2021 02:32:04 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2020-00030-00
Demandante: JAVIER ISAAC URZOLA MUÑOZ
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA
NACIONAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **JAVIER ISAAC URZOLA MUÑOZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 78.741.446, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

-Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto y presunto producto del silencio negativo de la Administración, respecto del derecho de petición radicado el 9 de octubre de 2019, ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación retiro.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

i) Reliquidar y pagar retroactivamente la asignación de retiro del señor Javier Isaac Urzola Muñoz en un 83% de lo que devenga un intendente Jefe de la Policía Nacional, aplicando lo establecido en los literales a), b) y c) del artículo 13 del Decreto 1091 de 1995, respecto de

la forma de liquidación de las primas de servicio, vacaciones y navidad desde el 27 de mayo de 2019, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda.

ii) Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de dicha prestación en adelante, hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

iii) Que se dé cumplimiento a la sentencia, de conformidad con los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el apoderado del demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el señor Javier Isaac Urzola Muñoz prestó sus servicios como miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, ostentando como último grado el de Intendente Jefe, durante 24 años 7 meses y 21 días, de acuerdo con su hoja de servicios.

1.2.2. Que mediante Resolución No. 6295 del 27 de mayo de 2019, la entidad demandada reconoció una asignación de retiro al demandante en un 83% de lo devengado por un Intendente Jefe, bajo los parámetros descritos en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, de conformidad con los cuales, las partidas computables de liquidación para los miembros del nivel ejecutivo consisten en: (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 y (vi) duodécima parte de la prima de navidad.

1.2.3. Que en lo referente a los “*factores prestacionales*” de la hoja de servicios del actor, así como del último desprendible de pago, se

evidencia que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectuó bajo las siguientes partidas computables: sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación y las doceavas partes de las primas de servicio, vacaciones y navidad.

1.2.4. Que, desde el reconocimiento de la asignación de retiro del actor y hasta la fecha, se han liquidado de forma incorrecta tres de las seis partidas computables, las cuales se deben liquidar de conformidad con los literales a, b y c del artículo 13 del Decreto 1091 de 1995.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los literales a, b y c del artículo 13 del Decreto 1091 de 1995, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostiene que la entidad demandada no ha dado cumplimiento a las referidas disposiciones del mencionado Decreto, por cuanto está realizando de manera incorrecta la liquidación de las primas de servicio, vacaciones y navidad, desde la fecha de retiro del demandante de la Policía Nacional hasta la presentación de la demanda, lo cual le ha generado una afectación económica dada la disminución en el pago de sus mesadas en la asignación de retiro.

Afirma que el artículo 13 del Decreto 1091 de 1995, establece con precisión cuáles son las fórmulas matemáticas aplicables para liquidar las primas de servicios, vacaciones, y navidad; sin embargo la entidad demandada ha efectuado ecuaciones que contrarían dicha disposición.

Manifiesta que la asignación de retiro es una prestación periódica de carácter social que permite solventar las contingencias que trae consigo la edad madura de las personas, tal como sucede con la pensión de jubilación o vejez en el régimen general de pensiones, la cual permite al pensionado solventar la adquisición de bienes y servicios siempre y cuando sea igual o superior a la inflación que opere en el momento.

III. CONTESTACION

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **2 de septiembre de 2020**, allegado vía correo electrónico se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifestó que en el caso concreto del actor la entidad demandada liquidó acertadamente los factores computables en la asignación de retiro que le fue reconocida, a que se hace referencia en el libelo introductorio.

Señaló que para el cómputo de las primas de servicios y vacaciones la entidad dio estricto cumplimiento a lo establecido en los artículos 4 y 11 del Decreto 1091 de 1995, pues los valores que arroja la sumatoria de las cantidades de la asignación básica, prima de retorno a la experiencia y subsidio de alimentación, corresponden a 30 días de remuneración, debiéndose tomar 15 días de ellos.

Argumentó que atendiendo a dicha normatividad, se aplicaron las disposiciones vigentes al caso del demandante una vez adquirió su derecho, además la asignación mensual de retiro ha sido reajustada anualmente de acuerdo a los Decretos de aumento expedidos por el Gobierno Nacional, dentro de los parámetros establecidos en la Ley.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Inexistencia del derecho: Señala que de conformidad con la hoja de servicios del demandante, su asignación de retiro se produjo en vigencia de los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, por lo tanto no le asiste derecho a reclamar el reajuste de la prestación modificando los valores liquidados para el subsidio de alimentación y las primas de servicios, vacaciones y navidad, atendiendo a que la normatividad que lo rige al momento de adquirir el derecho a la

asignación de retiro establece que estos emolumentos se liquidan con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

ii) Prescripción de mesadas: Indica que en el evento en que se determine que si le asiste derecho al actor al reajuste de las partidas computables denominadas doceava parte de las prima de navidad, servicios y vacaciones, debe tenerse en cuenta que la asignación de retiro le fue reconocida en diciembre de 2019.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **19 de marzo de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, en el sentido de indicar que la entidad demandada no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1091 de 1995, literales a, b, y c, respecto de la liquidación de las primas de servicios, vacaciones y navidad, siendo enfático en que la asignación de retiro es una retribución económica a que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública tras su retiro del servicio activo, la cual les permite solventar sus necesidades y revestirse de poder para adquirir bienes y servicios en un periodo determinado y cubrir a su vez, el aumento de precios de los mismos. Así, existe una regla económica lógica consistente en que, entre mayor inflación, mayor mesada, ya que de lo contrario se perdería el poder de alivianar las necesidades del retirado.

4.2. Parte demandada

Si bien la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, lo hizo de forma extemporánea, toda vez que el auto que corrió traslado para dicho efecto, fue notificado el **19 de marzo de 2021**, razón por la cual contaba hasta el **12 de abril del año en curso** para alegar de

conclusión, actuación que fue surtida el **14 de abril de 2021**, circunstancia que impide tenerlo en cuenta.

4.3. Ministerio Público

La señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de inexistencia del derecho, este Despacho considera que los argumentos expuestos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

Respecto a la excepción de prescripción de las mesada, será resuelta en el evento de prosperar las súplicas de la demanda

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

1. Resolución No. 6295 del 27 de junio de 2016, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro al demandante en cuantía equivalente al 83%, a partir del 27 de mayo de 2019.

2. Copia de la Liquidación de la asignación de retiro del actor, efectuada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

3. Petición elevada ante la entidad demandada, por el actor, con radicado No. 201921000521062 del 9 de octubre de 2019, a través de la cual

solicitó a la entidad demandada reliquidar las primas de servicios, vacaciones y navidad en su asignación de retiro, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 1091 de 1995.

4. Hoja de servicios correspondiente al señor Javier Isaac Urzola Muñoz.

5. Certificación expedida por el Jefe Grupo Retiros y Reintegros de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, en la que consta que al actor le registra como último lugar laborado la Unidad de Escuadrones Móviles Antidisturbios de la Dirección de Seguridad Ciudadana.

6. Certificación expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en la que consta las partidas computables reconocidas al actor en su asignación de retiro.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar **i)** si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por el demandante el 9 de octubre de 2019 y **ii)** si tiene o no derecho a la reliquidación de su asignación de retiro en un 83%, de lo que devenga un Intendente Jefe de la Policía Nacional, aplicando lo establecido en los literales a, b y c del artículo 13 del Decreto 1091 de 1995, respecto de las primas de servicios, vacaciones y navidad.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora depreca que se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por el demandante el 9 de octubre de 2019, mediante la cual pretende la reliquidación y pago de las primas de servicios, vacaciones y navidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 1091 de 1995.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 9 de octubre de 2019, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

(...)”.

5.4. Del Régimen de la asignación de retiro aplicable a los Miembros del Nivel Ejecutivo. Antecedentes normativos y jurisprudenciales.

El Congreso de la República expidió la **Ley 180 del 13 de enero de 1995**, por medio de la cual se modificaron y expidieron algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se revistió nuevamente al Presidente de la República de facultades para desarrollar la Carrera profesional denominada Nivel Ejecutivo, consagrando en su artículo 7, lo siguiente:

“Artículo 7º.- De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:

1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1º de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:

- a) Disposiciones preliminares;*
- b) Jerarquía, clasificación y escalafón;*
- c) Administración de personal:*
 - Selección e ingreso*
 - Formación*
 - Grados, ascenso y proyección de la carrera*
 - **Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales***
 - Sistemas de evaluación*
 - Destinaciones, traslados, comisiones, licencias y encargos*
 - Suspensión, retiro, separación, reincorporación*

- Reservas
 - Disposiciones varias
 - Normas de transición
- (...)

PARÁGRAFO. La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo” (subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, en desarrollo de las normas generales contenidas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, el cual consagró el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en el cual estableció la base de liquidación de las primas de servicio, vacaciones y navidad, así:

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

a) Prima de servicio: Asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia y subsidio de alimentación;

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

c) Prima de Navidad: Asignación básica mensual, prima de retorno a la experiencia, prima de nivel ejecutivo, subsidio de alimentación, una doceava parte de la prima de servicio y una doceava parte de la prima de vacaciones" (Negrillas fuera del texto original).

Las referidas primas se encuentran definidas en los artículos 4°, 5° y 11 ibidem, como a continuación se transcribe:

"Artículo 4°. Prima de servicio. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.

(...)

Artículo 5°. Prima de navidad. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago anual de una prima de navidad equivalente a un mes de salario que corresponda al grado, a treinta (30) de

noviembre y se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.

(...)

Artículo 11. Prima de vacaciones. *El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto.”*

Por su parte, el artículo 49 ibídem, contempló las siguientes partidas para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal del Nivel Ejecutivo, así:

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

a) *Sueldo básico;*

b) *Prima de retorno a la experiencia;*

c) *Subsidio de Alimentación;*

d) *Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;*

e) *Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;*

f) *Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;*

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

5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa el señor Javier Isaac Urzola Muñoz pretende que se ordene a la entidad demandada que reliquide su asignación de

retiro en un 83%, de lo que devenga un Intendente Jefe de la Policía Nacional, aplicando lo establecido en los literales a, b y c del artículo 13 del Decreto 1091 de 1995, respecto de las primas de servicios, vacaciones y navidad.

Ahora bien, de la hoja de servicios del demandante que obra en el plenario, se advierte que laboró en la Policía Nacional, siendo retirado del servicio por solicitud propia y en el acápite de “**IV SERVICIOS PRESTADOS Y DEDUCCIONES**”, se consignó:

NOVEDAD	FECHA INICIO	FECHA TERMINO	TOTAL A M D
SERVICIO MILITAR	1 de enero de 1995	15 de julio de 1996	1-6-14
ALUMNO NIVEL EJECUTIVO	20 de agosto de 1996	24 de octubre de 1996	0-2-4
NIVEL EJECUTIVO	25 de octubre de 1996	27 de febrero de 2019	22-4-2
ALTA TRES MESES	27 de febrero de 2019	27 de mayo de 2019	00-03-00
DIFERENCIA AÑO LABORAL DECRETOS 1091 DEL 27 JUNIO DE 1995			0-4-7
TOTAL TIEMPO			24-7-27

En ese sentido, se desprende que el actor ingresó a la Policía Nacional el 20 de agosto de 1996, como alumno, ascendiendo **al Nivel Ejecutivo**

desde el 25 de octubre de 1996 hasta el 27 de febrero de 2019 y fue dado de alta por tres meses hasta el 27 de mayo de 2019.

Por lo anterior, a través de la Resolución No. 6295 del 27 de junio de 2019, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció al actor una asignación de retiro equivalente al 83% del sueldo básico devengado en actividad para el grado y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 27 de mayo de 2019, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 754 de 2019, aspectos que valga la pena señalar no se encuentran en discusión en la presente controversia.

Así mismo, se observa de la liquidación obrante en el expediente, que al actor en su asignación de retiro se le reconocieron las siguientes partidas computables:

PARTIDA	VALOR	TOTAL	Adicional
Sueldo básico	00	\$2.667.135	
Prima de retorno a la experiencia	7.00	\$186.699.	
Prima de navidad	00	\$307.869	
Prima de servicios	00	\$121.382	
Prima de vacaciones	00	\$126.440	
Subsidio de alimentación	00	\$59.342	
Prima del Nivel Ejecutivo	20.00		533.427
TOTAL		\$3.468.868	
% ASIGNACIÓN		%83	
VALOR			
VALOR ASIGNACIÓN		\$2.879.160	

Ahora bien, resulta imperativo que el Despacho efectúe la siguiente liquidación de las primas de servicios, vacaciones y navidad, aplicando lo establecido en los literales a, b y c del artículo 13 del Decreto 1091 de 1995, a efectos de establecer la solución jurídica al caso concreto.

PRIMA DE SERVICIOS

ASIGNACIÓN BÁSICA	PRIMA DE RETORNO A LA EXPERIENCIA	SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN	1/12 PRIMA DE SERVICIOS	SUB TOTAL	1/12 PARTE (ART. 11 DEL DECRETO 1091 DE 1995)	15 DÍAS (ART. 11 DEL DECRETO 1091 DE 1995)
\$ 2.667.135,00	\$ 186.699,00	\$ 59.342,00	\$ 121.382,33	\$ 3.034.558,33	\$ 252.879,86	\$ 126.439,93

PRIMA DE VACACIONES

ASIGNACIÓN BÁSICA	PRIMA DE RETORNO A LA EXPERIENCIA	SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN	SUB TOTAL	1/12 PARTE (ART. 4 DEL DECRETO 1091 DE 1995)	15 DÍAS (ART. 4 DEL DECRETO 1091 DE 1995)
\$ 2.667.135,00	\$ 186.699,00	\$ 59.342,00	\$ 2.913.176,00	\$ 242.764,67	\$ 121.382,33

PRIMA DE NAVIDAD

ASIGNACIÓN BÁSICA	PRIMA DE RETORNO A LA EXPERIENCIA	PRIMA DEL NIVEL EJECUTIVO	SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN	1/12 PRIMA DE SERVICIOS	1/12 PRIMA DE VACACIONES	SUB TOTAL	1/12 PARTE (ART. 5 DEL DECRETO 1091 DE 1995)
\$ 2.667.135,00	\$ 186.699,00	\$ 533.427,00	\$ 59.342,00	\$ 121.382,33	\$ 126.439,93	\$ 3.694.425,26	\$ 307.868,77

En ese sentido, confrontada la liquidación efectuada por el Despacho con la realizada por la entidad demandada para efectos de reconocer la asignación de retiro del demandante, se concluye que las primas de servicios, vacaciones y navidad, **fueron liquidadas correctamente**, pues se debe tomar el valor de las partidas computables correspondientes, dividirlo en 12, teniendo en cuenta que debe reconocer la duodécima parte de cada una y a su vez, respecto de las dos primeras, fraccionarse la suma de dinero arrojada en dos, pues se paga solo el equivalente a 15 días de un mes, en virtud de lo contemplado en los artículos 4, 5 y 11 del Decreto 1091 de 1995.

En consideración a lo anteriormente expuesto, se denegarán las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración, respecto de la petición elevada el 9 de octubre de 2019.

5.6. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso,

siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte actora.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la parte demandante excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 11 de hoy 7 de mayo de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8ac3b4e0eee1e9110b62ac63cf3cfd526c94a11ca4c01d8b8400ba72f78340

62

Documento generado en 06/05/2021 12:49:47 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-002018-00535-00
Demandante: VIVIANA DEL PILAR GIRALDO QUINTERO
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
E.S.E.
Asunto: SENTENCIA

La señora **VIVIANA DEL PILAR GIRALDO QUNTERO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.011.247 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E. S. E., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 9 de diciembre de 2019, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: artículos 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128.

2.2. Legales: artículos 10 del Código Civil; 19 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo; los Decretos 1042 de 1978, 1750 de 2003 y 4171 de 2014 y la Ley 80 de 1993, numeral 3.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los cuales se ocupó de citar.

Sobre el particular, sostuvo que el acto administrativo demandado trasgrede las normas referidas, toda vez que desestimó de plano y sin fundamento legal el pago de las prestaciones laborales y sociales que la demandante dejó de percibir y a las que le asiste derecho como contraprestación de la labor que desempeñó para la entidad demandada.

Manifestó que la actora laboró en el centro hospitalario, en virtud de los contratos u órdenes de prestación de servicios que suscribió; sin embargo, sus funciones cumplen con los presupuestos de una relación laboral, por las siguientes razones:

- Se le exigió la prestación personal del servicio, pacto de tipo contractual.
- Como remuneración de su labor, la entidad le pagaba las cantidades pactadas en los contratos de forma mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social y el pago al día.
- Existió subordinación, toda vez que no gozaba de autonomía, estaba sometida al horario que le era asignado, a los reglamentos de la entidad y tenía funciones predeterminadas, las cuales ejercía el personal de planta y comprendían el objeto misional de la entidad.
- Prestó de forma continua sus servicios

En ese sentido, afirmó que se encuentran desvirtuados los presupuestos de un contrato de prestación de servicios, configurándose la relación

laboral, a pesar de que las cláusulas allí contenidas pretendían disfrazar una actividad que por su naturaleza y funciones debe ser desempeñada mediante una relación legal y reglamentaria, incumpléndose con la prohibición constitucional y legal que tienen las entidades del Estado de celebrar este tipo de contratación para el ejercicio de labores de carácter permanente y, en consecuencia, lo procedente era la creación de los cargos correspondientes.

Precisó que en el caso bajo estudio se evidencia la mala fe de la entidad demandada, por el hecho de camuflar una verdadera relación laboral, bajo la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, dado que infringe los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre la materia.

III. CONTESTACIÓN.

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **7 de junio de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Sostuvo que la entidad demandada no tiene facultad nominadora, pues la misma está en las normas que reglamentan el empleo público, en especial la contenida en la Ley 909 de 2004 y, en ese sentido, entre la demandante y el Hospital Tunjuelito E.S.E. no existió una relación laboral, actuando aquella siempre con plena autonomía y conocedora de la realidad, sin estar sometida a los elementos jurídicos de la subordinación, horario y salario.

Refirió que la demandante se vinculó al mencionado Hospital mediante contratos de prestación de servicios personales de carácter privado, presentando su oferta siempre como contratista y, por lo tanto, no fue despedida sin justa causa.

Afirmó que la Ley 100 de 1993, a través del artículo 195, numeral 6° permitió a las E.S.E la posibilidad de celebrar contratos bajo los preceptos del derecho privado para atender las necesidades administrativas y de

funcionamiento de la entidad, que no solo agrupan las funciones públicas de carácter permanente sino también las excepcionales.

Señaló que la vinculación de la actora con el Hospital Tunjuelito obedeció a las capacidades, cualidades y calidades ofrecidas en la propuesta presentada por aquella, que merecieron la contratación para atender los servicios que ofrece la entidad demandada, la cual se celebró de común acuerdo avalada plenamente y en conciencia, razón por la cual, a ésta no le asiste derecho a lo pretendido.

Indicó que la entidad demandada actuó en los términos de Ley conforme al principio de buena fe, por tanto las peticiones de la demandante carecen de fundamento legal, al desconocer las normas de derecho de privado que siempre rigieron los contratos suscritos y, en ese sentido, no hay lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, debido a la forma de vinculación con la Entidad.

Precisó que de conformidad con la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado bajo la figura del contrato realidad no es posible otorgarle a la actora la calidad de empleado público o trabajador oficial, pues fue vinculada mediante sendos contratos de prestación de servicios, lo cual impide además que sea beneficiaria de la convención colectiva.

Concluyó que en el presente caso no se acreditó la subordinación que es la prime facie en toda relación de tipo laboral, en razón a que la demandante fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios, utilizando para su ejecución sus propios medios, de manera independiente y sin subordinación alguna, tampoco se encuentra demostrado que cumplía horario, ya que el desarrollo de la labor era desarrollada en cualquier tiempo de manera independiente.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad: Afirma

que la demandante conforme con las reglas de la carga de la prueba no logra construir la presunción que rodeó la relación jurídica, pues los contratos de arrendamiento de servicios estuvieron amparados por la Ley 100 de 1993, de lo que se evidencia que existió un acuerdo de voluntades sin que hubiese simulación de ninguna índole, nunca recibió órdenes, se le pagaban honorarios y no cumplía horario.

ii) Inexistencia de la obligación y del derecho: Manifiesta que acorde con las normas de contratación administrativa de prestación de servicios, la actora libremente optó por esta modalidad y, en consecuencia, se celebraron contratos de arrendamiento de servicios personales, en los que reiteradamente se estableció la inexistencia de la relación laboral.

Aduce que de los documentos aportados por la demandante se evidencia la autonomía de la voluntad de las partes, esto es, la ausencia de subordinación y adicionalmente la afectación presupuestal, con el fin de identificar la aprobación de las prórrogas de los contratos.

iii) Pago: Argumenta que ante la oferta de la entidad demandada y ante la certeza de celebración de un contrato de arrendamiento de servicios personales entre las partes, el Hospital Tunjuelito E.S.E., entendió de buena fe que el pago era de los honorarios pactados conforme a la disponibilidad presupuestal, los cuales se cancelaron oportunamente.

vi) Ausencia del vínculo de carácter laboral: Señala que la demandante siempre actuó como contratista y no como trabajadora del centro hospitalario, firmándose los contratos de común acuerdo y si bien se determinaron ciertas tareas, lo cierto es que ello obedecía a la supervisión del contrato, en razón a que debían estar sometidas a ciertas pautas esenciales relacionadas con el objeto del mismo.

v) Cobro de lo no debido: Indica que no ha nacido obligación alguna por parte de la entidad demandada, en razón a que se pactaron como pago rubros denominados honorarios, dado el tipo de contrato celebrado y, en

consecuencia, la actora debió afiliarse al sistema de seguridad social en salud y pensión.

vi) Relación contractual con la actora no era de naturaleza laboral:

Afirma que la demandante no tiene la calidad de trabajadora oficial, razón por la cual no hay lugar a reconocer el pago de las prestaciones sociales reclamadas, encontrándose sometida al imperio del derecho privado en virtud de lo contemplado en la ley 100 de 1993.

vii) Buena fe: Sostiene que la parte demandada actuó de conformidad con lo indicado en la Ley 100 de 1993 y la demandante nunca realizó un reclamo, por lo que obró bajo el convencimiento de que actuó con buena fe en la relación contractual, toda vez que cumplió los términos estipulados.

viii) Presunción de legalidad de los administrativos y contratos celebrados entre las partes:

Afirma que los contratos de arrendamiento de prestación de servicios personales suscritos entre las partes y allegados con la contestación así como los actos proferidos por la entidad se encuentran amparados legalmente con base en la documentación que reposa en la Entidad y una vez llenos los requisitos para su formación adquieren fuerza obligatoria y gozan de presunción de legitimidad.

ix) Innominada: Solicita que se declaren probadas las excepciones que resulten dentro del presente proceso, conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

De otra parte, propuso las excepciones de “**Caducidad y Prescripción**” las cuales fueron resueltas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 9 de diciembre de 2019, denegándose su prosperidad, advirtiéndose que sería en la presente sentencia donde se estudie la prescripción de cada uno de los contratos celebrados por la actora, una vez se verifique la existencia de la relación laboral.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito del **24 de marzo de 2021**, allegado vía correo electrónico se ratificó en los fundamentos que expuso en el concepto de violación del libelo demandatorio y solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que de los medios probatorios obrantes en el plenario se encuentra demostrado que la actora no laboró con autonomía técnica, administrativa, ni financiera, prestando personalmente el servicio durante más de 10 años, bajo la subordinación de sus jefes inmediatos, quienes eran los mismos que impartían las órdenes a los empleados de planta de la entidad, tal como lo indicó ésta en el interrogatorio de parte.

Afirmó que la entidad demandada contrató a la actora a través del uso indebido de la figura de órdenes de prestación de servicios, razón por la cual se le deben reconocer las prestaciones sociales y todos los emolumentos a que tiene derecho como consecuencia de la relación laboral que ostentó con la entidad demandada.

Manifestó que de los testimonios recepcionados de los compañeros de trabajo de la actora se puede evidenciar que ésta cumplía horario de 8:00am a 5:00pm, tenía superiores jerárquicos que se encargaban de asignarle las actividades y metas, le impartían órdenes y controlaban el mencionado horario, por lo que les consta de forma presencial que existió subordinación en el servicio prestado.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **8 de abril de 2021**, allegado vía correo electrónico solicitó que no se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que de las pruebas recaudadas en el

proceso se evidenció que la demandante no prestó sus servicios como enfermera, sino como auxiliar de enfermería en salud pública, en actividades de promoción y prevención entre el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2012, siendo posteriormente contratada como técnico en salud ocupacional, ejecutando sus funciones en unidades de trabajo informal.

Luego de citar el relato de los testigos y el interrogatorio de parte, sostuvo que la demandante nunca tuvo a su cargo pacientes lo que prueba que no prestó servicios asistenciales; por el contrario, se desempeñó como auxiliar de enfermería en el Área de Salud Pública y luego como Técnico en Salud Ocupacional.

Igualmente, señaló que la actora no afirma que a la fecha se le adeuden honorarios por la actividad realizada, quedando con ello probado que se pagaron oportunamente.

Manifestó que de acuerdo al interrogatorio rendido por la actora y las versiones rendidas por los testigos, aquella cumplía horario; sin embargo, dicha circunstancia no se constituye en subordinación, amén que el seguimiento a las labores encomendadas es propio de la contratación realizada.

4.3. Agente del Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda sino que además tienden a la defensa de los

intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción de **prescripción de cada uno de los contratos**, se precisa que será resuelta en acápite posterior de este escrito y en cuanto a la **innominada**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 9 de diciembre de 2019, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas en oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Petición elevada por la actora el 30 de agosto de 2018, por medio de la cual solicitó a la entidad demandada la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto y por retención en la fuente, así como la sanción moratoria y ajustes de valor.

5.2.1.2. Oficio No. 201803510207931 del 12 de septiembre de 2018, por medio del cual la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E negó lo solicitado por la accionante, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el Código Sustantivo del Trabajo.

5.2.1.3. Certificación expedida el 17 de septiembre de 2018, mediante la cual la doctora Luisa Fernanda Gómez Becerra, Directora de Contratación,

hizo constar los contratos de prestación de servicios que suscribió la señora Viviana del Pilar Giraldo Quintero con la entidad, del 4 de noviembre de 2005 al 23 de febrero de 2016.

5.2.1.4. Oficio No. 201903510154363 del 26 de diciembre de 2019, a través del cual el Subgerente de Prestación de Servicio (C), de la entidad demandada, le comunicó a este Despacho que revisados los expedientes documentales rotulados, programación de actividades y/o agendas de trabajo de la Subred Sur y al USS Tunjuelito, no se encontró registro de transferencia de programación de actividades a nombre de la demandante para las vigencias 2005 al 2016.

5.2..1.5. Oficio No. 201903510154173 del 26 de diciembre de 2019, por medio del cual el Director Operativo (C) de la Dirección de Talento Humano de la Subred de Servicios de Salud Sur E. S. E., informó a este Despacho que una vez verificado el manual específico de funciones y competencias laborales del Hospital Tunjuelito II Nivel, se evidenció que el cargo de Auxiliar de Enfermería existió hasta la entrada en vigencia del Decreto 785 de 2005 y a partir de dicha fecha existe el empleo de Auxiliar Área de la Salud Código 412 Grado 17.

5.2.1.6. Copia de los Manuales Específicos de Funciones y Competencias Laborales del Hospital Tunjuelito II Nivel de los empleos de Auxiliar de Enfermería y auxiliar del Área de la Salud Código 412 grado 17.

5.2.1.7. Certificación Expedida por el Director Operativo (C) de la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud SUR E.S.E, en la que consta que en la planta de personal del antiguo hospital Tunjuelito II Nivel existió el cargo de Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 17, indicando la asignación devengada por aquellos desde el año 2005 al año 2016 y los emolumentos estipulados.

5.2.1.8. Oficio No. 202003510003593 del 22 de enero de 2020, expedido por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de

Salud SUR E.S.E., en el cual se señaló los periodos en los que hubo solución de continuidad en la relación contractual.

5.2.1.9. Medio magnético contentivo de la hoja de vida de la actora y los contratos suscritos por ésta y el Hospital Tunjuelito E.S.E. II Nivel.

5.1.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.

5.1.2.1 CD contentivo de la declaración de los señores Leidy Viviana Gutiérrez Avella y Oscar Javier Velandia Muñoz, quienes rindieron testimonio ante este Despacho el día 18 de marzo de 2021 y del interrogatorio de parte recepcionado ante este Juzgado en la misma fecha.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo 9 de diciembre de 2019, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora Viviana del Pilar Giraldo Quintero tiene derecho a que se le reconozca la existencia de un relación laboral del **4 de noviembre de 2005 al 23 de febrero de 2016**, tiempo que, se afirma estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en el Hospital Tunjuelito II nivel, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E., y en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Artículo 2. *Se entiende por empleo el conjunto de funciones*

señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*¹. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

“Artículo 1º.- *El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.*

Artículo 2º.- *Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.*

Artículo 3º.- *Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.*

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

Artículo 4°.- *Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes*

Artículo 5°.- *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.*

Artículo 7°.- **Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.**

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 “*Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*”, establece:

“Artículo 26°.- *Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. *En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*

2. *En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*

a. *Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;*

b. *Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;*

*c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.*²

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo.- *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo*³.

De lo anterior, se colige que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado en los servicios de salud se conforma por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción; no obstante, hace la distinción que los trabajadores oficiales, se encargan de desempeñar cargos no directivos, esto es, los de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53⁴ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

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

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se

² Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 1996.

³ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1995.

⁴ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)

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

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993, en sus artículos 194 y 195, dispuso:

*“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, **sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.***

*ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:
(...)*

*6. **En materia contractual se regirá por el derecho privado**, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
(...)” (Negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones

sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.⁵

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el 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

⁵ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

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.

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

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

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

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

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

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

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

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

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

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

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

c. Un salario como retribución del servicio.

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

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Ahora bien, frente a la existencia de una relación laboral, respecto de los servicios vinculados al sector salud, el Consejo de Estado consideró⁶:

*“Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, **la especialidad de que se revisten los servicios Médicos -entratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.***

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de

⁶ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “A” Sentencia del 4 de marzo de 2010, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, R. I. 1413-08.

una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aún los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.” (Subrayado del Despacho)

Por su parte, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

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

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁷.

⁷ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁸ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora Viviana del Pilar Giraldo Quintero reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería en el Hospital de Tunjuelito II Nivel ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Por su parte, la entidad demandada mediante el Oficio No. 201803510207931 del 12 de septiembre de 2018, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con la actora, obedeció a los contratos de prestación de servicios suscritos y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la subordinación o dependencia y **iii)** el salario como retribución del servicio.

i) Prestación personal del servicio.

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

Sobre el particular, cabe resaltar que de las certificaciones expedidas por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios al Hospital Tunjuelito II Nivel , de la siguiente forma:

No. ORDEN O CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	PLAZO DE EJECUCION	
	DESDE	HASTA
No. 2830	04/11/2005	30/11/2005
No. 2993	09/12/2005	30/12/2005
No. 165	02/01/2006	30/01/2006
No. 489	01/02/2006	28/02/2006
No. 827	01/03/2006	31/03/2006
No. 1166	03/04/2006	30/04/2006
No. 1543	02/05/2006	30/05/2006
No. 1932	01/06/2006	30/06/2006
No. 2386	04/07/2006	30/07/2006
No. 2735	01/08/2006	30/08/2006
No. 3176	01/09/2006	30/09/2006
No. 3660	02/10/2006	30/10/2006
No. 4149	01/11/2006	30/11/2006
No. 4630	01/12/2006	30/12/2006
No. 238	02/01/2007	30/01/2007
No. 698	01/02/2007	28/02/2007
No. 1180	01/03/2007	31/03/2007
No. 1665	01/04/2007	30/04/2007
No. 2188	02/05/2007	30/05/2007
No. 2700	01/06/2007	30/06/2007
No. 3202	03/07/2007	30/07/2007
No. 3702	01/08/2007	30/08/2007
No. 4201	03/09/2007	30/09/2007
No. 4898	01/10/2007	30/10/2007
No. 5219	01/11/2007	30/11/2007

No. 5730	19/12/2007	30/12/2007
No. 259	02/01/2008	30/01/2008
No. 799	01/02/2008	29/02/2008
No. 1312	03/03/2008	30/03/2008
No. 1855	01/04/2008	30/04/2008
No. 2428	02/05/2008	30/05/2008
No. 2970	03/06/2008	30/06/2008
No. 3507	01/07/2008	30/07/2008
No. 4031	01/08/2008	30/08/2008
No. 4589	01/09/2008	30/09/2008
No. 5137	01/10/2008	30/10/2008
No. 5705	04/11/2008	30/11/2008
No. 6261	01/12/2008	30/12/2008
No. 276	02/01/2009	30/01/2009
No. 793	02/02/2009	28/02/2009
No. 1345	02/03/2009	30/04/2009
No. 1985	04/05/2009	30/05/2009
No. 2689	08/06/2009	30/06/2009
No. 3171	01/07/2009	30/07/2009
No. 3738	03/08/2009	30/08/2009
No. 4307	01/09/2009	30/09/2009
No. 4877	01/10/2009	30/10/2009

*Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.
Expediente No. 2018-00535-00*

No. 5447	03/11/2009	30/11/2009
No. 5997	01/12/2009	30/12/2009
No. 295	04/01/2010	30/01/2010
No. 852	01/02/2010	28/02/2010
No. 1411	01/03/2010	30/03/2010
No. 1962	05/04/2010	30/04/2010
No. 2539	03/05/2010	30/05/2010
No. 3120	01/06/2010	30/06/2010
No. 3713	01/07/2010	30/07/2010
No. 4306	02/08/2010	30/08/2010
No. 5001	02/09/2010	30/09/2010
No. 5457	01/10/2010	30/10/2010
No. 6025	02/11/2010	30/11/2010
No. 6602	10/12/2010	30/12/2010
No. 272	03/01/2011	30/01/2011
No. 811	01/02/2011	30/04/2011
No. 1436	02/05/2011	30/06/2011
No. 2067	01/07/2011	30/08/2011
No. 2663	01/09/2011	30/10/2011
No. 3251	01/11/2011	30/12/2011
No. 410	02/01/2012	30/01/2012
No. 1085	21/02/2012	29/02/2012
No. 1148	01/03/2012	30/04/2012
No. 1643	02/05/2012	30/06/2012

No. 2251	03/07/2012	30/07/2012
No. 2932	08/08/2012	30/08/2012
No. 3301	03/09/2012	30/09/2012
No. 3840	01/10/2012	30/10/2012
No. 4389	01/11/2012	30/11/2012
No. 4962	03/12/2012	30/12/2012
No. 308	02/01/2013	30/01/2013
No. 944	01/02/2013	28/02/2013
No. 1581	01/03/2013	30/05/2013
No. 2283	04/06/2013	30/06/2013
No. 2947	02/07/2013	31/07/2013
No. 3612	01/08/2013	30/08/2013
No. 4298	02/09/2013	30/09/2013

No. 5002	01/10/2013	31/10/2013
N° 5899	01/11/2013	30/11/2013
No. 6111	02/12/2013	31/12/2013
No. 381	02/01/2014	31/01/2014
No. 1082	03/02/2014	28/02/2014
No. 1880	03/03/2014	30/03/2014
No. 2353	01/04/2014	30/04/2014
No. 2702	02/05/2014	30/05/2014
No. 3088	03/06/2014	30/06/2014
No. 3713	01/07/2014	31/07/2014
No. 4457	01/08/2014	30/08/2014
No. 5185	01/09/2014	30/09/2014
No. 891	13/01/2015	30/01/2015
No. 1067	02/02/2015	30/03/2015
No. 1830	01/04/2015	30/06/2015
No. 2660	01/07/2015	30/09/2015
No. 3556	01/10/2015	30/10/2015
No. 4377	03/11/2015	30/11/2015
No. 5212	01/12/2015	30/12/2015
No. 426	04/01/2016	30/01/2016
No. 1304	04/02/2016	23/02/2016

En este sentido, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios en el Hospital Tunjuelito II Nivel a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios del 4 de noviembre de 2005 al 23 de febrero de 2016, de **forma interrumpida**, cuyos objetos contractuales estaban encaminados a las siguientes funciones, en cada cargo desempeñado, así:

- **Auxiliar de enfermería.**

1. Ejecutar acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad que por competencia le estaban asignadas, intra o

extramuralmente.

2. Realizar visitas domiciliarias según necesidad y previamente coordinadas por el equipo
3. Diligenciar los instrumentos establecidos para el cumplimiento de sus funciones.
4. Elaborar los informes y cuadros de verificación de cumplimiento de las intervenciones.
5. Participar con el equipo en la evaluación de las intervenciones y la gestión de la estrategia
6. Cumplir con las normas y procedimientos técnicos y administrativos del Hospital.
7. Utilizar custodiar, salvaguardar y vigilar los recursos e insumos y la conservación y uso adecuado de los bienes y la obligación de responder por el deterioro o pérdida al igual que la documentación e información que por razón de sus actividades le sean suministradas o tenga acceso para el cumplimiento de las actividades contratadas.
8. Presentar todos los informes que le soliciten y hacer la debida entrega y recibo de turnos.

• **Técnico en Salud Ocupacional – Territorios.**

1. Asistir a reuniones programadas por SDS, Coordinador o Líder de Ámbito.
2. Cumplir con las actividades definidas en los contratos suscritos con el hospital y la Secretaría Distrital de Salud u otras entidades contratantes.
3. Concertar las metas respectivas con el Coordinador territorial mediante Acta.
4. Cumplir con el cronograma proyectado para el desarrollo de actividades.
5. Entregar de manera oportuna los informes y demás requerimientos que sean solicitados acorde con la normatividad vigente y por la Institución.

6. Realizar el aislamiento previo de los productos de cada intervención contratada, con el fin de presentar la preauditoria y la auditoria que realiza la firma interventora o la Secretaría Distrital de Salud.
7. Presentar la auditoria de las actividades contratadas y no generar glosas por oportunidad, calidad y veracidad en los soportes.

Así las cosas, se encuentra demostrado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se señaló en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión parcial o total de los derechos u obligaciones emanados de los mismos sin contar con la autorización previa y escrita de la entidad.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en las órdenes de Prestación de Servicios se estableció que la contratista realizaría su actividad de manera independiente, sin generar vínculo laboral entre las partes.

Igualmente, a través del Oficio Nos. 201903510154363 del 26 de diciembre de 2019, la Subgerente de Prestación de Servicio (C) de la Subred Integrada de Servicios de Salud SUR E.S.E, le comunicó a este Despacho que revisados los expedientes documentales rotulados, programación de actividades y/o agendas de trabajo de la USS Tunjuelito, no encontró registro de transferencia de programación de actividades a nombre de la demandante para las vigencias 2005 al 2016.

Sin embargo, en las ordenes de prestación de servicios se plasmó que la demandante estaba bajo supervisión del Coordinador Técnico Unidad Salud Pública y en la declaración que rindió el señor Oscar Javier Velandia Muñoz manifestó que aparte del supervisor del contrato, la señora Viviana del Pilar Giraldo Quintero tuvo como jefes a los señores Diego Ternera, Verónica Rodríguez, Víctor Chavarro y manifestó que a dichos funcionarios se les entregaban todas las tardes y en las reuniones de los

viernes las fichas de caracterización, para evidenciar el cumplimiento de las metas y lineamientos dados para cada territorio.

Por su parte, la señora Leidy Viviana Gutiérrez Avella refirió que habían tres supervisoras, dos especialistas en Salud Ocupacional encargadas del área y acompañamiento al campo y el Coordinador del Territorio, que los jefes eran quienes direccionaban a la demandante verificando que cumpliera con su labor y que la Coordinadora de la demandante era la señora Verónica; además afirmó que esta debía portar un carné y un chaleco para trabajar en las zonas que le eran asignadas y le era suministrada la papelería para el desarrollo de su labor.

Así mismo, de las declaraciones de los deponentes se evidencia que las labores desempeñadas por la demandante implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia. Al respecto, los testigos fueron coincidentes en afirmar que la actora i) debía cumplir un horario de 7:00 am a 5:00 pm ii) que para ausentarse debía solicitar permiso a su jefe inmediato, iii) que no podía subcontratar con un tercero o enviar un remplazo para que ejecutara las funciones que le fueron asignadas y iv) que las actividades que ejecutaba requerían de la directriz del Coordinador.

A su vez, la señora Viviana del Pilar Giraldo Quintero, al ser interrogada, refirió: i) que durante el tiempo que laboró en el Hospital de Tunjuelito II Nivel, tenía un jefe inmediato, al que tenía que obedecer, cumpliendo las directrices asignadas por parte del Jefe de Enfermería o el Coordinador del ámbito, ii) que tuvo como jefe a las señoras Marisol Velandia, Verónica Rodríguez y Janeth Escobar y a los señores Víctor y Diego Ternera, iii) que tenía que pasar un cronograma mensual con las actividades que tenía que desarrollar en el horario que le asignaban de 8:00 am a 5:00 pm y de no cumplirse se les descontaba el día, iv) que fue objeto de llamados de atención por incumplimiento del horario, pues en una ocasión la Doctora Maite Cárdenas la requirió vía correo electrónico, por no encontrarse en el territorio un día que estaba lloviendo y por un inconveniente con una

compañera en el área, v) que existía personal de planta que ejercía las mismas labores que ella ejecutaba, vi) que le suministraban las guías, formatos y esferos para desarrollar las labores que le eran encomendadas y vii) que para asuntarse tenía que pedir permiso a sus jefes inmediatos por escrito.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por la actora no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén, que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo los horarios y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

Aunado lo anterior, no se puede desconocer que las labores que ejecutó la demandante en virtud de los contratos celebrados con el Hospital de Tunjuelito II Nivel para desarrollar actividades de promoción y prevención como auxiliar de enfermería en familias y técnica en salud ocupacional en unidades de trabajo informal, realizando asesorías y visitas a la comunidad, contribuyeron al funcionamiento de la entidad y, por ende, comprendieron labores inherentes a la misma, las cuales por lo demás fueron desarrolladas **por más de 10 años**, acreditándose así la permanencia en su desarrollo y ejecución, funciones propias de personal de planta y, en ese sentido, **las labores que desarrolló la demandante a su servicio comprenden actividades propias de su objeto misional**, pues como quedó demostrado a lo largo del proceso, desarrolló las funciones básicas que están dentro de su objeto social.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009⁹, señaló que existe una prohibición para celebrar contratos de prestación de

⁹ Corte Constitucional, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-7615, demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968, actora: María Fernanda Orozco Tous.

servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, en la medida que se oculta la verdadera relación laboral, al sostener:

“La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, se acreditó que en cada una de las órdenes de prestación de servicios suscritas entre la señora Viviana del Pilar Giraldo Quintero y el Hospital Tunjuelito II Nivel, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, previo visto bueno por parte del interventor, habiéndose cancelado los aportes por concepto de salud y pensión vigentes al respectivo mes, la cual estaba supeditada al programa anual mensualizado de caja P.A.C. de tesorería, sin que se generara intereses moratorios.

Al respecto, la señora Leidy Viviana Gutiérrez Avella en la referida declaración indicó que para el pago se debía entregar una certificación de todas las actividades, avalada por el Coordinador del Territorio y las dos Especialistas en Salud Ocupacional.

Así las cosas, en criterio del Despacho se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que, i) la

demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio en el Hospital de Tunjuelito II Nivel, como auxiliar de enfermería (salud a su hogar) y Técnico en Salud Ocupacional, labor que, valga la pena anotar, **es propia de la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia del centro hospitalario al cual prestaba sus servicios.

Ahora bien, mediante el Oficio No. 201903510154173 del 26 de diciembre de 2019, la Directora Operativa de la Dirección de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E. informó a este Despacho que revisado el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales del Hospital de Tunjuelito II Nivel el empleo de Auxiliar de Enfermería existió en vigencia del Decreto 785 de 2005 y luego se le denominó Auxiliar Área de la Salud, Código 412, Grado 17.

En ese sentido, fue allegado al plenario por la entidad demandada la Resolución 056 del 16 de marzo de 2006, *“Por la cual se ajusta el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales de los diferentes empleos de la planta de personal del Hospital Tunjuelito II nivel ese de acuerdo con la nomenclatura, clasificación, código y denominaciones establecidas en los Decretos Nacionales 785 y Artículos 27 al 31 del 2539 de 2005”*, en la que se evidencia que existe el cargo de AUXILIAR AREA DE LA SALUD el cual si bien tiene asignado labores para la atención integral del usuario en las áreas de hospitalización, lo cierto es que también tiene funciones auxiliares *“inherentes a los programas institucionales de prevención y promoción de acuerdo con la asignación del enfermo”* y *“ejecutar labores de promoción, prevención y autocuidado de la salud asociadas a los programas de salud pública”*, las cuales valga la pena señalar fueron las desarrolladas por la actora, en virtud del objeto contractual, desempeñándose como auxiliar de enfermería (salud a su hogar) y como Técnico Salud Ocupacional.

A su vez obra el Acuerdo 009 de 2015, *“Por el cual se modifica el Manual*

*Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E.” en el que igualmente se evidencia que existe el cargo de Auxiliar del Área de la Salud y entre otras funciones esenciales está la de “Realizar las acciones de salud pública de su responsabilidad en la **promoción de la salud, prevención de la enfermedad**, tratamiento, rehabilitación y vigilancia en la salud pública a **nivel intra y extramural**, necesarios en los diferentes grupos del ciclo evolutivo y de acuerdo no la normatividad vigente”.*

Igualmente, obra en el expediente, certificación expedida también por la Directora Operativa (C) de la Dirección de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en la que consta los emolumentos, salarios y prestaciones sociales, correspondientes al empleo de Auxiliar Área Salud del Hospital de Tunjuelito II Nivel.

Al respecto, el señor Oscar Javier Velandia Muñoz señaló que durante el tiempo que trabajó con la actora existía personal de planta que ejercía las mismas funciones que ejecutaba la demandante, cumplían el mismo horario y todos estaban en los microterritorios; no obstante, la señora Leidy Viviana Gutiérrez Avella señaló que no conocía personas de planta que realizaran las mismas funciones.

Por su parte, la señora Viviana del Pilar Giraldo Quintero en el interrogatorio que rindió ante este Juzgado manifestó que en el Hospital Tunjuelito II Nivel había personal de planta que hacía sus mismas funciones, esto es, las señoras Janeth Suescún y Andrea Arguello.

En ese sentido, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones del empleo de **AUXILIAR ÁREA DE LA SALUD Código 412 Grado 17**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre el Hospital

Tunjuelito, ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todos los emolumentos a los que tiene derecho la actora, entendiéndose estos, no solo como las prestaciones sociales, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, como aquellas por concepto de salud y pensión (en la proporción correspondiente), debidamente indexados, como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral la hoy demandante adquiera la calidad de empleada pública, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha calidad, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, como son el nombramiento y la posesión y, pese, a que el empleo desempeñado por la actora hace parte de la planta de personal del Hospital Tunjuelito II Nivel, no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce

plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos¹⁰, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión¹¹.

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.

5.5. De las prestaciones sociales.

5.5.1. Pago del concepto de vacaciones.

Respecto a la compensación en dinero de las vacaciones, el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en sentencia del 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, señaló:

“Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978, que dispone:

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria**, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al feneamiento de la oportunidad para reclamarlo...” (Negrilla fuera del texto original).

Bajo dicho pronunciamiento Jurisprudencial es claro el derecho que le asiste a la demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

5.5.2. Cesantías, intereses y sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en Sentencia del 6 de octubre de 2016, señaló:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, **el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.** En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibirlas, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”. (Negritas del Despacho).*

De conformidad con el precedente jurisprudencial expuesto, no es viable el reconocimiento de cesantías ni de la sanción moratoria por el no pago de las mismas en tiempo reclamadas por la actora, como tampoco los intereses que se hayan podido generar, toda vez que para la fecha en que se celebraron las órdenes y los contratos de prestación de servicios entre las partes inmersas en la Litis, se encontraba en discusión dicho derecho y solo se hacen exigibles a partir de la sentencia que las reconozca.

5.5.3. Dotación de Calzado y vestido de labor.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018¹², indicó:

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018, M. P. Dr.: César Palomino Cortés, expediente No. 68001-23-31-000-2010- 00799-01, actor: Pablo Emilio Torres Garrido, demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

“Sobre la “dotación de calzado y vestido de labor” que solicita el demandante a título de restablecimiento del derecho, no es procedente en la medida en que el artículo 1 de la Ley 70 de 1988 reguló el derecho que le asiste a “los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente (...) resaltado fuera del texto”, supuestos que no concurren en el caso concreto”

De conformidad con la jurisprudencia citada, encuentra el Despacho que a la demandante no le asiste el derecho a la indemnización de perjuicios reclamada por concepto de calzado y vestido de labor, dado que los honorarios que percibió por las funciones que desarrolló, superan más de dos veces el salario mínimo legal mensual para cada vigencia, tal como se desprende de la certificación expedida el 17 de septiembre de 2018, por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud sur E.S.E.

5.4.4. De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente y del pago de las sumas canceladas al sistema general de riesgos profesionales.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, C. P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon, en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 11001-33-31-030- 2012-00117-01, precisó:

*“De otra parte, tal y como lo dispuesto el juez de primera instancia **no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados por la actora por concepto de retención en la fuente** y pagos de pólizas de seguros, pues si bien como se dijo la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en*

virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”. (Negrilla del Despacho).

Posteriormente, la referida Corporación Judicial Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019¹³, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

“(…)

*En cuanto a la **devolución de retefuente y rete ICA** pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’¹⁴” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso a la actora de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación, lo que igualmente sucede con las sumas consignadas por concepto de riesgos profesionales, en la medida que son constituidas y otorgadas por el contratista ante una Administradora, Aseguradora o Entidad Bancaria, razón por la cual no se dispondrá el reconocimiento y pago de dichos conceptos a favor de la señora Viviana del Pilar Giraldo Quintero.

¹³ Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

5.6.5. Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar.

Respecto de las cotizaciones a las Cajas de Compensación Familiar, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”¹⁵, refirió:

“(…) Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor Luis Eduardo Moreno Caro la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5º de la citada Ley 21 de 1982 prevé que “El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:

“1º. Tener el carácter de permanentes.

2º. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;

3º. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y

4º. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.

” De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

“1º. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.

2º. Los hermanos huérfanos de padre.

3º. Los padres del trabajador”.

Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo”.

Del anterior criterio jurisprudencial, se colige que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, en razón a que no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiaria del subsidio familiar.

5.7. De la prescripción.

En ese acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción propuesto por la entidad demandada, conforme al precedente sentado en la sentencia de

¹⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, C P. Dr.: César Palomino Cortés, mediante sentencia del 14 de marzo de 2019, expediente No. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15), actor: Luis Eduardo Moreno Caro, demandado: Departamento de Boyacá – Casa del Menor Marco Fidel Suárez.

unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, así:

i) Prescripción de cada uno de los contratos celebrados.

Al respecto en la sentencia de unificación citada se dijo:

“Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”. (Negritas del Despacho).

El anterior criterio, fue reiterado por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), al señalar:

*“... la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, **sin importar si la interrupción es de un día, inclusive.***

Lo anterior toda vez que, conforme con la jurisprudencia unificada de esta Corporación, los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son pasibles de perderse por prescripción extintiva, esto es, por no reclamarse en la oportunidad que la Ley otorga para ese efecto” (Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E a través del oficio No. 202003510003593

del 22 de enero de 2020, indicó los periodos en los que laboró la demandante de la siguiente manera:

Del 1 de diciembre al 8 de diciembre de 2005

Del 31 de diciembre al 1 de enero de 2006

Del 1 de abril al 2 de abril de 2006

Del 1 de mayo de 2006 al 1 de mayo de 2006

Del 1 de julio de 2006 al 3 de julio de 2006

Del 1 de octubre de 2006 al 1 de octubre de 2006

Del 31 de diciembre de 2006 al 1 de enero de 2007

Del 1 de mayo de 2007 al 1 de mayo de 2007

Del 1 de julio de 2007 al 2 de julio de 2007

Del 1 de septiembre de 2007 al 2 de septiembre de 2007

Del 1 de diciembre de 2007 al 18 de diciembre de 2007

Del 31 de diciembre de 2007 al 1 de enero de 2008

Del 1 de marzo de 2008 al 2 de marzo de 2008

Del 1 de mayo de 2008 al 1 de mayo de 2008

Del 31 de mayo de 2008 al 2 de junio de 2008

Del 31 de octubre de 2008 al 3 de noviembre de 2008

Del 31 de diciembre de 2008 al 1 de enero de 2009

Del 1 de febrero de 2009 al 1 de febrero de 2009

Del 1 de marzo de 2009 al 1 de marzo de 2009

Del 1 de mayo de 2009 al 3 de mayo de 2009

Del 1 de junio de 2009 al 7 de junio de 2009

Del 31 de julio de 2009 al 2 de agosto de 2009

Del 31 de octubre de 2009 al 2 de noviembre de 2009

Del 31 de diciembre de 2009 al 3 de enero de 2010

Del 31 de marzo de 2010 al 4 de abril de 2010

Del 1 de mayo de 2010 al 2 de mayo de 2010

Del 31 de julio de 2010 al 1 de agosto de 2010

Del 31 de agosto de 2010 al 1 de septiembre de 2010

Del 31 de octubre de 2010 al 1 de noviembre de 2010

Del 1 de diciembre de 2010 al 9 de diciembre de 2010

Del 31 de diciembre de 2010 al 2 de enero de 2011

Del 1 de mayo de 2011 al 1 de mayo de 2011
Del 1 de diciembre de 2012 al 1 de diciembre de 2012
Del 1 de febrero de 2012 al 20 de febrero de 2012
Del 1 de mayo de 2012 al 1 de mayo de 2012
Del 1 de julio de 2012 al 2 de julio de 2012
Del 1 de agosto de 2012 al 7 de agosto de 2012
Del 1 de septiembre de 2012 al 2 de septiembre de 2012
Del 1 de diciembre de 2012 al 2 de diciembre de 2012
Del 31 de diciembre de 2012 al 1 de enero de 2013
Del 31 de mayo de 2013 al 3 de junio de 2013
Del 1 de julio de 2013 al 1 de julio de 2013
Del 1 de septiembre de 2013 al 1 de septiembre de 2013
Del 1 de diciembre de 2013 al 1 de diciembre de 2013
Del 1 de enero de 2014 al 1 de enero de 2014
Del 1 de febrero de 2014 al 2 de febrero de 2014
Del 1 de marzo de 2014 al 2 de marzo de 2014
De 1 de mayo de 2014 al 1 de mayo de 2014
Del 1 de junio de 2014 al 2 de junio de 2014
Del 1 de octubre de 2014 al 12 de enero de 2015
Del 1 de febrero de 2015 al 1 de febrero de 2015
Del 31 de octubre de 2015 al 2 de noviembre de 2015
Del 31 de diciembre de 2015 al 3 de enero de 2016
Del 1 de febrero de 2016 al 3 de febrero de 2016

Ahora bien, los contratos de los años 2015 y 2016, fueron celebrados así:

Del 13 de enero de 2015 al 30 de enero de 2015
Del 2 de febrero de 2015 al **30 de marzo de 2015**
Del 1 de abril de 2015 al 30 de junio de 2015
Del 1 de julio de 2015 al 30 de septiembre de 2015
Del 1 de octubre de 2015 al 30 de octubre de 2015
Del 3 de noviembre de 2015 al 30 de noviembre de 2015
Del 1 de diciembre de 2015 al 30 de diciembre de 2015

Del 4 de enero de 2016 al 30 de enero de 2016

Del 4 de febrero de 2016 al 23 de febrero de 2016

Así las cosas, en consideración a que la actora presentó reclamación administrativa mediante escrito del **30 de agosto de 2018** y que entre el contrato que finalizó el 30 de marzo de 2015 y el que inició el 1 de abril de 2015, existió una interrupción de un (1) día de interrupción, los contratos celebrados con anterioridad al **30 de marzo de 2015**, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

En ese sentido, será a partir de los contratos determinados a continuación que se hará el reconocimiento salarial y prestacional reclamado, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, pues de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se advierte que únicamente sobre dichos periodos hubo vocación de permanencia en la labor, así: **i)** del 1 de abril al 30 de junio, **ii)** del 1 de julio al 30 de septiembre, **iii)** del 1 de octubre al 30 de octubre, **iv)** del 3 de noviembre al 30 de noviembre , **v)** del 1 de diciembre al 30 de diciembre, todos del 2015, **v)** del 4 de enero al 30 de enero de 2016 y **vi)** del 4 de febrero al 23 de febrero de 2016.

ii) Prescripción de los aportes para salud, pensión.

Respecto a las prestaciones sociales que están a cargo del empleador cuando se declara la existencia de una relación de carácter laboral, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, mediante la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, indicó:

“(…)

*De otra parte, con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.*

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el

empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

*Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y **las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.***

*Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y **en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso**, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.*

(...)

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. (Negrilla del Despacho y subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, sobre los aportes para pensión, en la mencionada sentencia de unificación, se dispuso:

“Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época (...).”

Bajo dichos criterios, los aportes para salud y pensión son imprescriptibles y como tal se deberán reconocer a título de reparación integral del daño, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, como quiera que no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo.

VI. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral entre la señora **VIVIANA DEL PILAR GIRALDO QUINTERO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.011.247 de Bogotá y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, (antes HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL).

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio OJU-E- 2632-2018 del 10 de septiembre de 2018, por medio del cual la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

TERCERO.- DECLARAR probada la excepción de prescripción de los contratos celebrados por las partes, con anterioridad al **30 de marzo de 2015**, de conformidad con las consideraciones realizadas en el esta sentencia.

CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la

SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, reconocer y pagar a la señora VIVIANA DEL PILAR GIRALDO QUINTERO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.011.247, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas que devenga un **AUXILIAR ÁREA DE LA SALUD Código 412 – Grado 17**, por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los siguientes contratos: **i)** del 1 de abril al 30 de junio, **ii)** del 1 de julio al 30 de septiembre, **iii)** del 1 de octubre al 30 de octubre, **iv)** del 3 de noviembre al 30 de noviembre, **v)** del 1 de diciembre al 30 de diciembre, todos del 2015, **v)** del 4 de enero al 30 de enero de 2016 y **vi)** del 4 de febrero al 23 de febrero de 2016.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

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

QUINTO.- ORDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a:

i) **PAGAR** a la señora VIVIANA DEL PILAR GIRALDO QUINTERO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.011.247, los valores que canceló por los conceptos de salud y pensión en virtud de las órdenes y

contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por Ley al empleador, durante el tiempo comprendido entre el **4 de noviembre de 2005 y el 23 de febrero de 2016, salvo sus interrupciones.**

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora y los que se debieron efectuar **COTIZAR** la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó a los mencionados sistemas, durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

iv) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

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

SEXTO.- Sin costas a cargo de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR - E.S.E

SÉPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

NOVENO.-Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

DÉCIMO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO PRIMERO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora, excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 11 de hoy 7 de mayo de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ
JUEZ
JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**70ecb0aadd52eb1630d4ad738fd6950f26c96609c4329e1af08629fc6
d9ef091**

Documento generado en 06/05/2021 12:22:51 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00296-00**
Demandante: JORGE EMILIO SALAZAR ARCILA
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **JORGE EMILIO SALAZAR ARCILA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.030.535.545, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

La parte demandante pretende que se inaplique por inconstitucionales e inconventionales los parágrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3° del Decreto 1858 de 2012.

Igualmente, solicitó que se declare la nulidad del Oficio No. S-2018-012275 del 5 de marzo de 2018, mediante el cual la entidad demandada le negó al actor la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la pensión de invalidez.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora deprecó que se condene a la entidad demandada a:

- i) Reconocer y pagar la pensión de invalidez con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde a su esposa, la señora Angie Nathaly García Rodríguez, junto con los intereses e indexación desde el 13 de marzo de 2014, fecha en la cual se retiró de la institución policial.
- ii) Pagar los dineros correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales o cualquier otro derecho causado, más la indexación que en derecho corresponda, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.
- iii) Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del C. P. A. C. A.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el apoderado del demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el señor Jorge Emilio Salazar Arcila, luego de superar el respectivo curso de formación, ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año 2008, en la categoría del nivel ejecutivo, cuando se encontraba en vigencia del Decreto 1091 de 1995, norma que en su momento edificó la estructura prestacional de los miembros de la referida categoría y la cual contempló en los artículos 15 y 49 que el Subsidio Familiar percibido por los uniformados no constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales.

1.2.3. Que mediante derecho de petición el actor le solicitó a la Dirección de la Policía Nacional que se le reconociera como partida computable dentro de la pensión de invalidez, el subsidio familiar, considerando que dichas normas carecen de soporte constitucional.

1.2.4. Que a través del acto administrativo No. S-2018-012275 del 5 de marzo de 2018, la Policía Nacional le negó la inclusión del subsidio

familiar como partida computable, fundamentando su decisión en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y su parágrafo, argumentando que dichos instrumentos normativos no contemplan dicho aspecto.

1.2.5. Que el actor devenga una mesada pensional por parte de la Policía Nacional en un porcentaje del 95% de lo que corresponde a un Subintendente de la Policía Nacional, más 15% de la prima de retorno a la experiencia, las doceavas partes de las primas de servicios, vacaciones y navidad, así como el subsidio de alimentación y dentro de la liquidación de su prestación económica no se incluyó el subsidio familiar, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 01226 del 31 de julio de 2014.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 13, 42, 44, 45, 48, 53 y 93 Constitucionales, las Convenciones sobre los derechos del niño del año 1989, artículo 2, numeral 2, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 17, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 10 y 11 y la Ley 1098 del año 2006 artículos 1 y 7.

Señala que el reconocimiento del subsidio familiar tenía como finalidad la protección de un Estado Social constitucional y democrático de derecho, esto es la familia, pero además de ello, se consideró que dicha protección económica debía circunscribirse a las personas que salarialmente eran menos favorecidas, expresándose de forma literal en la Constitución Política que debía ser implementado para los trabajadores que menor ingreso poseían en el sector privado y excepcionalmente en el público.

Arguyó que el subsidio familiar además de revestirse de garante para la protección de la familia colombiana, también es fuente de amparo para los menores y adolescentes de nuestro país, ya que mediante el apoyo

que proporciona, los titulares directos puedan solventar gastos propios de su edad, bajo la tutela de sus representantes legales.

Agregó que el Congreso de la República expidió la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), el cual más allá de gestar legalmente los artículos constitucionales, ha sido el eje orientador de interpretación para la expedición de las normas que regulan en algún aspecto temas relacionados con la niñez colombiana.

Señaló que el acto demandado está viciado de nulidad por transgredir el derecho a la igualdad, dado que existe discriminación con respecto de la aplicación del reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, ya que, no es constitucional o legal que dicha aplicación deba emplearse de forma diferente entre las categorías que componen la institución Policial, toda vez que la prestación posee un fin especialísimo para el ordenamiento jurídico colombiano, el cual es proteger la familia como núcleo esencial del Estado, ratificado por la Ley 21 de 1982, el artículo 15 del Decreto 1091 de 1995, por la jurisprudencia Constitucional, en los artículos 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Aduce que no encuentra justificación que permita validar la diferencia porcentual que se le reconoce a los Oficiales, Suboficiales y Agentes con respecto de los miembros del nivel ejecutivo y tampoco existe motivo que sustente el hecho que el subsidio familiar sea incluido como factor salarial para los primeros, excluyendo directamente a dicho nivel; en razón de ello, afirma se debe proporcionar igual protección a quienes ostentan características idénticas.

Argumentó que la Jurisprudencia constitucional en materia de pensiones ratificó que una vez alcanzado el nivel de protección de un derecho social existe *prima facie* la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo, a través del test de no regresividad.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **6 de marzo de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que la normatividad aplicable al demandante no contempla el subsidio familiar por la esposa; máxime, cuando no se encuentra en servicio activo, debido a que, a través de la Junta Médico Laboral No. 421 del 21 de febrero de 2013, se determinó la disminución de la capacidad laboral en un 95.08%, encontrando que la entidad demandada no está facultada para realizar reconocimiento de salarios y/o prestaciones que no están contempladas en las disposiciones que rigen la materia.

Señaló que con la expedición del Decreto 132 de 1995 *“Por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”*, se regularon aspectos como la jerarquía, clasificación y escalafón, condiciones generales de ingreso, formación, ascensos, sistema de evaluación, destinaciones, traslados, comisiones, licencias suspensión retiro, separación y reincorporación y, en su artículo 15, se contempló que el Personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional se someterá al régimen salarial y prestacional que determine el Gobierno Nacional.

Argumentó que el subsidio familiar para el nivel ejecutivo fue reglamentado en los artículos 15 a 21 del Decreto 1091 de 1995, como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, con el fin de disminuir las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia, condición que ya no cumple el hoy demandante.

Sostuvo que en la pensión de invalidez del actor se le reconocieron el subsidio de alimentación y las duodécimas partes de las primas de

servicio, vacaciones y navidad, tal como quedó consignado en la Resolución No. 01226 de 2014.

Manifestó que el actor decidió de manera libre y voluntaria hacer parte bajo la modalidad de incorporación directa del escalafón de la carrera del Nivel Ejecutivo, conociendo las normas que regulaban, que no son otras, que las contempladas en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

De otro lado, propuso las excepciones de:

i) Acto administrativo ajustado a la Constitución y a la Ley:

Señaló que el Oficio No. S-2018-012275 del 5 de marzo de 2018, fue estructurando atendiendo los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia procesal que debe tener todo acto emanado de la administración.

ii) Inexistencia del derecho y la obligación reclamada: Indicó que la entidad demandada dio estricto cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1091 de 1995 *“Por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”*, creado por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 *“Por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, normatividad aplicable para los miembros del Nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como lo era el demandante, cuando se encontraba en servicio activo, razón por la cual el derecho pretendido es inexistente para el caso en litigio.

iii) Cobro de lo no debido: Afirmó que la entidad debe ser exonerada de reconocer y pagar lo deprecado en la presente controversia, toda vez que el actor se encuentra gozando de pensión de invalidez desde el año 2014 y, en consecuencia, debe aplicarse el régimen señalado precedentemente, en virtud del principio de inescindibilidad, pues no es dable crear uno que le sea más favorable.

iv) Genérica: Manifestó que el fallador se encuentra facultado para que de manera oficiosa declare cualquier hecho que se encuentre debidamente demostrado, que constituya una excepción que favorezca a la entidad demandada y que no haya sido alegado expresamente en la contestación de la demanda.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

Mediante escrito allegado el **9 de abril de 2021**, vía correo electrónico, el apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y luego de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, señaló que el subsidio familiar por su especial finalidad no es una prebenda laboral cualquiera, teniendo en cuenta que su fin es la base que permite materializar lo establecido en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política

Manifestó que el titular directo del subsidio familiar no es el trabajador, sino su núcleo familiar, especialmente los niños y personas de la tercera edad, por lo cual, la verificación de la trasgresión del derecho a la igualdad debe realizarse entre las familias de los uniformados de la Policía Nacional y no de sus directos trabajadores.

Argumentó que debido a que algunos de los titulares del subsidio familiar son los niños y adolescentes, es necesario verificar los términos de aplicación en el Sistema Prestacional de la Policía Nacional, en congruencia con los postulados de la supremacía del interés del menor colombiano, lo cual, se concreta en el Código de la Infancia y Adolescencia, prohibiendo cualquier tipo de discriminación.

Adujo que en el sistema laboral de la Fuerza Pública, los únicos uniformados a los cuales no se les reconoce el subsidio familiar en términos paritarios son a los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía

Nacional, siendo esto discriminatorio desde el punto de vista constitucional.

Concluyó que si bien, en principio, el subsidio familiar por ser una prestación social no debe ser incluido en las pensiones, ya que posee la misma naturaleza, lo cierto es que desde hace más de 4 años y en sus distintas formas, aquél siempre ha sido partida computable para liquidar las asignaciones de retiro de todos los oficiales, suboficiales y agentes de la Fuerza Pública, inclusive del personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, en procura de mejorar el bienestar de los mismos.

4.2. Parte demandada

A través de memorial del **12 de abril de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, el mismo día, la apoderada de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión, solicitando que se nieguen las súplicas de la demanda, toda vez que no le asiste derecho al demandante a la reliquidación y pago de la partida de subsidio familiar en la pensión que devenga.

Afirmó que a lo largo de la carrera policial del demandante éste solo ha hecho parte del Nivel Ejecutivo y no perteneció al escalafón de Agentes cobijado por el Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, como tampoco del Decreto 1212 de 1990, ya que cuando ingresó se encontraban vigentes los Decretos 1091 de 1995, 133 de 1995 y 4433 de 2004.

Señaló que la normatividad aplicable al actor no contempla el subsidio familiar por la esposa y, en ese sentido, la entidad demandada no se encuentra facultada para realizar el reconocimiento de salarios y prestaciones que no están contemplados en la misma, advirtiendo que le son canceladas las primas de retorno a la experiencia y del nivel ejecutivo.

Finalmente, manifestó que el demandante decidió de manera libre y voluntaria hacer parte de la carrera del Nivel Ejecutivo, conociendo las

normas que lo iban a regir respecto a salario y prestaciones, esto es, las contempladas en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que la señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a las excepciones de **acto administrativo ajustado a la constitución y a la Ley, inexistencia del derecho y la obligación reclamada y cobro de lo no debido** este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual deben tenerse como alegaciones de la defensa y, por tanto, es preciso proferir fallo que resuelva la controversia.

Respecto a la excepción **genérica**, advierte el Despacho que no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Resolución No. 01226 del 31 de julio de 2014, mediante la cual la entidad demandada le reconoció la pensión de invalidez al actor, a partir del 13 de junio de 2014, en cuantía equivalente al 95%.

5.2.2. Derecho de petición elevado ante la entidad demandada el 6 de diciembre de 2017, a través del cual el actor solicitó el reajuste de su

pensión de invalidez, incluyendo como partida computable el subsidio familiar.

5.2.3. Oficio No. S-2018-012275 del 5 de marzo de 2018, por medio del cual el Ministerio de Defensa Nacional negó la anterior solicitud, al sostener que el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, no contempló el pago del subsidio familiar en la pensión de invalidez, prestación que le fue reconocida, a través de la Resolución No. 01226 del 31 de julio de 2004.

5.2.4. Hoja de servicios del señor Jorge Emilio Salazar Arcila, expedida por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, en la cual, entre otros aspectos, se encuentran los factores salariales y prestacionales.

5.2.5. Certificación expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, en la que consta las partidas computables reconocidas al actor en su pensión de invalidez.

5.2.6. Copia del registro Civil de Matrimonio No. 6243241 del 18 de julio de 2013, celebrado entre el actor y la señora Angie Nathaly García Rodríguez.

5.2.7. Informe técnico No. 981, suscrito por el Director Nacional Veeduría delegada para la Policía Nacional, por medio del cual se recomienda la reliquidación de la asignación de retiro del actor, con la inclusión del subsidio familiar.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en el auto del 18 de marzo de 2021, los problemas que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si hay lugar a la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad de los párrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3° del Decreto 1858 de 2012 y ii) si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación de su pensión de

invalidez, con la inclusión del subsidio familiar contenido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

5.3.1. DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL APLICABLE A LOS MIEMBROS DEL NIVEL EJECUTIVO. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES.

El Congreso de la República expidió la **Ley 180 del 13 de enero de 1995**, por medio de la cual se modificaron y expidieron algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se revistió al Presidente de la República de facultades para desarrollar la Carrera profesional denominada Nivel Ejecutivo, consagrando en su artículo 7, lo siguiente:

*“**Artículo 7º.**- De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:*

1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1º de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:

- a) Disposiciones preliminares;*
- b) Jerarquía, clasificación y escalafón;*
- c) Administración de personal:*
 - Selección e ingreso*
 - Formación*
 - Grados, ascenso y proyección de la carrera*
 - **Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales***
 - Sistemas de evaluación*
 - Destinaciones, traslados, comisiones, licencias y encargos*
 - Suspensión, retiro, separación, reincorporación*
 - Reservas*
 - Disposiciones varias*
 - Normas de transición*

(...)

PARÁGRAFO. La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo” (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Por lo anterior, se expidió el Decreto 132 del 13 de enero de 1995, a través del cual se desarrolló la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, estableciendo la jerarquía, así:

“ARTÍCULO 3°. JERARQUÍA. La Jerarquía del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para todos los derechos y obligaciones consagrados en este estatuto, comprende los siguientes grados:

1. Comisario
2. Subcomisario
3. Intendente
4. Subintendente
5. **Patrullero**, carabinero, investigador según su especialidad.

A su turno, el artículo 4 *ejusdem*, indicó:

“ARTÍCULO 4°. DENOMINACIÓN DE ALUMNOS. Los aspirantes que ingresen a las escuelas de formación, no pertenecen a la jerarquía de que trata el presente capítulo y se denominarán alumnos. Su nombramiento y retiro se producirán por orden administrativa de personal”.

Por su parte, el artículo 82 *ibídem*, dispuso:

"Artículo 82°.- INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional". (Negrillas fuera del texto original).

Ahora bien, en desarrollo de las normas generales contenidas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, el cual consagró el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y respecto al reconocimiento de la pensión de invalidez, dispuso:

“Artículo 65. Disminución de la capacidad sicofísica. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que presente disminución de la capacidad sicofísica que no haya sido indemnizada en la forma prevista en el artículo 47 de este decreto, tendrá derecho a que el Tesorero Público le pague:

(...)

c) Cuando el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional haya perdido el setenta y cinco por ciento (75%) o más de la capacidad sicofísica, tendrá derecho a una pensión mensual mientras subsista la incapacidad, pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en la última remuneración y teniendo en cuenta las partidas señaladas en el **artículo 49 de este decreto**, así:

1. El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas cuando la pérdida de la capacidad laboral sea o exceda del setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance al ochenta y cinco por ciento (85%).

2. El ochenta y cinco por ciento (85%) de dichas partidas cuando la pérdida de la capacidad laboral sea o exceda del ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance al noventa y cinco por ciento (95%).

3. El ciento por ciento (100%) de dichas partidas, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%)” (negrita del Despacho).

En ese sentido, el artículo 49 de dicha disposición legal, contempló las partidas para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal del Nivel Ejecutivo, así:

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

a) Sueldo básico;

b) Prima de retorno a la experiencia;

c) Subsidio de Alimentación;

d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;

e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;

f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;

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

Y, respecto a la partida denominada subsidio familiar, el Decreto 1091 del 27 de 1995, señaló en su artículo 15, lo siguiente:

“Artículo 15. Definición. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios **al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo**, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

Parágrafo. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso” (negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 797 de 2003, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otras, para “expedir

normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía” y, en consecuencia, el Gobierno expidió el Decreto **Ley 2070 del 25 de julio de 2003**, “por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”, incluidos los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en cuyo artículo 30, indicó:

“ARTÍCULO 30. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Decreto INEXEQUIBLE> Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:

30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

PARÁGRAFO 1o. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional”

Por su parte, el artículo 45, *ibídem* señaló la vigencia y derogatorias del aludido Decreto, así:

“Artículo 45. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, **deroga las demás disposiciones que le sean contrarias** y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000” (negrilla fuera del texto original).

Sin embargo, el Decreto Ley 2070 de 2003, fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, a través de Sentencia C-432 de 2004, argumentando que el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública está reservado a las leyes marco, lo cual impide su expedición a través de un decreto con fuerza de Ley, de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 de la Constitución Política.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 923 del 30 de diciembre de 2004, “mediante la cual se señalan normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del **régimen pensional** y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública...”, cuyo artículo 3° reguló lo relacionado con la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluidos los del Nivel Ejecutivo, de la siguiente manera:

“Artículo 3°. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, **la pensión de invalidez** y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal” (subraya y negrita el Despacho).

En ese sentido, en desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, “Por medio del cual se fija el **régimen pensional** y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública” y en el artículo 30, preceptuó:

“ (...)”

ARTÍCULO 30. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales,

*miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que **correspondan según lo previsto en el presente decreto:***

30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%)” (negrillas del Despacho).

Ahora, el Consejo de Estado - Sección Segunda, mediante Fallo de 23 de octubre de 2014, dentro del Expediente No. 11001-03-25-000-2007-00077-01(1551-07), Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, decretó la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, al considerar que de la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004 y el contenido de dicho artículo, se evidencia que mientras aquél establece que no se tiene el derecho a la pensión de invalidez o al sueldo de retiro correspondiente cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el artículo 30 de dicho decreto señala que se tiene derecho al reconocimiento y liquidación de esa prestación social cuando la incapacidad laboral de los servidores públicos allí mencionados sea igual o superior al 75% cuando ella ocurra en servicio activo.

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa el señor Jorge Emilio Salazar Ardila pretende que se ordene a la entidad demandada que se reliquide su pensión de invalidez, con la inclusión del subsidio familiar contenido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, efecto para el cual, solicitó que se inapliquen los

parágrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3° del Decreto 1858 de 2012.

Ahora bien, de la hoja de servicios del demandante que obra en el plenario, se advierte que laboró en la Policía Nacional, siendo retirado del servicio por incapacidad absoluta permanente gran invalidez y en el acápite de “**IV SERVICIOS PRESTADOS Y DEDUCCIONES**”, se consignó:

NOVEDAD	FECHA INICIO	FECHA TERMINO	TOTAL A M D
AUXILIAR DE POLICÍA	26 de julio de 2005	26 de julio de 2006	1-0-0
ALUMNO DEL NIVEL EJECUTIVO	14 de enero de 2008	30 de junio de 2008	0-5-16
NIVEL EJECUTIVO	1 de julio de 2008	13 de marzo de 2014	5-8-12
ALTA TRES MESES	13 de marzo de 2014	13 de junio de 2014	0-3-0
DIFERENCIA AÑO LABORAL RAL DECRETO 1091 DEL 27 DE JUNIO DE 1995			0-1-9
TOTAL TIEMPO			7-6-5

En ese sentido, se desprende que el actor ingresó a la Policía Nacional el 14 de enero de 2008, como alumno incorporándose directamente al Nivel Ejecutivo del 1 de julio de 2008 al 13 de marzo de 2014 y dado de alta por tres meses hasta el 13 de junio de 2014.

Por lo anterior, a través de la Resolución No. 01226 del 31 de julio de 2014, el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció una pensión de invalidez equivalente al 95% del sueldo básico de un Subintendente con las partidas señaladas en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, esto es: las duodécimas partes de las primas de servicios, vacaciones y navidad, así como el subsidio de alimentación.

Ahora bien, de conformidad con el marco normativo expuesto anteriormente, se advierte que tanto para la fecha en que el demandante ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional -14 de enero de 2008- como al momento de su retiro -13 de junio de 2014-, se encontraba vigente el **Decreto 4433 de 2004**, por medio del cual se fijó el régimen

pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el cual en el artículo 30 regulaba el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Aunado a lo anterior, se evidencia que, si bien con posterioridad el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1858 de 2012, por medio del cual se fijó nuevamente el régimen pensional y de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, vigente para la fecha de retiro del actor – 13 de junio de 2014-, lo cierto es que solo es aplicable para el personal del Nivel Ejecutivo incorporado con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, tal como lo preceptuó el artículo 2º, así:

“Artículo 2º. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase 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”.**

Como puede verse, dicha normatividad dispuso su aplicación solo para el personal con incorporación directa con anterioridad al **1 de enero de 2005, condición que no cumple el señor Jorge Emilio Salazar Arcila.**

En ese sentido, es dable remitirse al artículo 23 del mencionado Decreto 4433, en el cual se señalaron taxativamente las partidas computables en la asignación de retiro, **pensión de invalidez** y pensión de sobrevivencia del personal de la Policía Nacional, entre ellos, del Nivel Ejecutivo, en los siguientes términos:

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

(...)

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

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

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, **ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales**” (negrilla fuera del texto original).

Por consiguiente, se observa que la entidad demandada acertadamente aplicó al actor el régimen previsto para el personal del Nivel Ejecutivo que no es otro, que el contemplado en el Decreto 4433 de 2004, reconociendo en la pensión de invalidez las duodécimas partes de las primas de servicios, vacaciones y navidad, así como el subsidio de alimentación, normatividad que taxativamente dispuso que ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal de dicho nivel, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.

En consecuencia, el señor Jorge Emilio Salazar Ardila, al incorporarse al Nivel Ejecutivo quedó cobijado por las disposiciones propias del mismo, **por lo que no es posible incluir en su pensión de invalidez la partida computable del subsidio familiar** prevista en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, al no encontrarse taxativamente en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.

5.4.1 De la solicitud de inaplicación de los párrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3° del Decreto 1858 de 2012

Sobre el particular, es importante advertir que tal como se vio al señor Jorge Emilio Salazar Arcila, para efectos de determinar las partidas computables en su pensión de invalidez, le resulta aplicable el citado artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, razón por la cual el Despacho se relevará del estudio de las demás disposiciones deprecadas.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el

Juez Contencioso Administrativo se encuentra facultado para inaplicar una norma, cuando esta atente contra las disposiciones constitucionales o se contraponga una norma con fuerza material, decisión que solo producirá efectos inter partes, puesto que no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida, ya que se aplica para el caso concreto, sin anular en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución o la Ley.

No obstante, esta Juzgadora considera que lo que se debate en el presente proceso es la existencia de una presunta omisión regulatoria en la expedición del parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, sobre el cual se pretende su inaplicación en la presente controversia, discusión que, vale la pena resaltar, fue dirimida por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través de la acción de simple nulidad.

En efecto, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, en la sentencia acumulada proferida el 25 de noviembre de 2019, dentro de los expedientes Nos. 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014)¹, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra, al realizar el control de legalidad, entre otros, del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, refirió **que no era dable contemplar el subsidio familiar como partida computable, para liquidar las prestaciones sociales de los miembros del Nivel Ejecutivo**, así:

“El «subsidio familiar» y la «prima del nivel ejecutivo» no constituyen salario.

*62. Luego de examinar las normas que regulan lo relacionado con el concepto de salario y la determinación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, la Sala encuentra a partir de lo dispuesto en los artículos 8, 16 y 51 del Decreto 1029 de 1994,[98] 7, **15 y 49 del Decreto 1091 de 1995,[99] 23 del Decreto 4433 de 2004[100]** y 3° del Decreto 1858 de 2012,[101] en los que el Gobierno Nacional señaló, que*

¹ Norma demandada: Artículos 8, 16 y 51 del Decreto Reglamentario 1029 de 1994; 7, **15 y 49 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; 23 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004 y 3 del Decreto Reglamentario 1858 de 2012**, Demandante: Juan Carlos Coronel García, Hans Alexander Villalobos Díaz y Roberto Barrera González, Demandado: Nación / Ministerio de Hacienda y Crédito Público / Ministerio de Defensa Nacional.

la «prima del nivel ejecutivo» y el «**subsidio familiar**» no tienen carácter salarial, cuya nulidad piden los demandantes, **no desconocen las normas que consagran el concepto de salario.**

63. Así, como lo reconoce el mismo demandante, tanto el «**subsidio familiar**» como la «prima del nivel ejecutivo», **desde el mismo momento de la creación del Nivel Ejecutivo al interior de la Policía Nacional, carecen de la naturaleza o el carácter salarial que en esta oportunidad se reclama, debido a que ambas constituyen prestaciones sociales cuyo propósito no es el de retribuir directamente la prestación del servicio, sino auxiliar al servidor público en las cargas económicas que requiere el sostenimiento de su núcleo familiar.**

64. En consecuencia, se establece que los decretos parcialmente acusados **se ajustan a los criterios señalados por el legislador en el artículo 2° de la Ley 4ª de 1992,[102]** para efectos de determinar los factores salariales, expuestos en el acápite precedente. Por el contrario, **atribuirle carácter salarial a una determinada prestación, por vía judicial, cuando el Gobierno Nacional en el respectivo decreto salarial determinó lo contrario, podría alterar el marco general de la política macroeconómica y fiscal, así como las limitaciones presupuestales de la entidad.**

65. En este sentido, **resulta razonable que el «subsidio familiar» y la «prima del nivel ejecutivo» no constituyan salario ni factor salarial para ningún efecto, por disposición expresa del Gobierno Nacional, atendiendo a los parámetros legales establecidos en los artículos 2 de la Ley 65 de 1946,[103] 42 del Decreto Ley 1042 de 1978,[104] 10 del Decreto Ley 1160 de 1989,[105] 14 de la Ley 50 de 1990[106] y el Convenio 95 de la OIT aprobado por la Ley 54 de 1962 y la Ley 4ª de 1994.[107]» (Negrilla fuera del texto original).**

Ahora bien, contrario a lo afirmado por el apoderado del demandante en el concepto de violación del libelo demandatorio, al señor Jorge Emilio Salazar Arcila no se le transgredió el derecho a la igualdad, ni existe discriminación frente al no reconocimiento del subsidio familiar en su pensión de invalidez, toda vez no es posible escindir el régimen para aplicar las condiciones que le resulten más favorables, sino que debe someterse integralmente a la reglamentación propia de su cargo.

Al respecto, en la mencionada sentencia del Consejo de Estado, se realizó un test de igualdad o proporcionalidad, entre los miembros del Nivel Ejecutivo y los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, con el objeto de determinar si estaban ante una situación desproporcional, el cual se fundamentó en los preceptos de la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad y el Convenio de la OIT 111 de 1958, determinado que la diferencia de trato se encontraba justificada, al sostener:

“92. El estudio de estos literales muestra que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe obedecer a (i) la jerarquía de los cargos; (ii) el nivel de preparación académico y profesional; (iii) las funciones y responsabilidades; y (iv) las calidades de estos, **por lo que es lógico que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones.** En consonancia, el artículo 3° *ibídem* prevé que **el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por «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 cargo».**

93. Lo anterior, permite establecer que quienes pertenecían al nivel de agentes y suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder voluntariamente a la carrera del nivel ejecutivo; y, que, a su turno, quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional establecido por el Gobierno Nacional para dicho nivel.

94. Ahora bien, esta Subsección al estudiar un caso de similar naturaleza al que se estudia en esta providencia, en el que se alegaba una discriminación injustificada de los agentes que regula el Decreto 1213 de 1990,[126] del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa, pues a estos últimos se les reconoce el incremento de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990,[127] 68 del Decreto-ley 1212 de 1990[128] y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990;[129] **determinó que la naturaleza de los mencionados empleados es distinta, y en tal medida no podían recibir un mismo tratamiento salarial y prestacional.**

(...)

96. En el mismo sentido, la Sección Segunda de esta Corporación mediante la Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2- 2019 de 25 de abril de 2019[131], al estudiar un caso de similar naturaleza, en el que se buscaba ubicar en un plano de igualdad fáctica a los soldados profesionales, a los oficiales y suboficiales del Ejército frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, bajo el argumento de que ambos son miembros de las Fuerzas Militares. La Sala de decisión indicó que a los soldados profesionales que causaran su derecho a la prestación periódica a partir de julio de 2014, se les incluiría el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, mientras que quienes adquirieron el derecho previamente, no les asiste derecho a su cómputo, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal[132].

97. Por ende, la diferencia de trato se encontraba justificada, debido a que la norma superior no elimina la posibilidad de que «el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales», como en este caso lo era el hecho de que la asignación de retiro no abarcó desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que finalmente llegaron a

conformarla, **sin que ello desconociera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada**, lo que de suyo implica que los sujetos que lograran consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

98. Es así como para el caso objeto de estudio, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fue creado por la Ley 180 de 1995[133] como un nuevo nivel en la institución, diferente al de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, con un sistema de ingreso y ascenso, así como unas funciones, responsabilidades y régimen salarial y prestacional propios; a diferencia del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a la fecha de creación de este nuevo nivel, se regían por el Decreto 1212 de 1990,[134] posteriormente derogado por el Decreto 41 de 1994.[135] 99. En tal sentido, es incongruente con un verdadero estatuto de carrera que el personal del Nivel Ejecutivo, que está en una categoría inferior a la de los suboficiales, tenga un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente superior. Lo lógico es que el personal que ocupe los cargos más elevados, inclusive el más alto de la institución, reúna los requisitos académicos y de experiencia exigidos por el ordenamiento jurídico.

100. De lo expuesto, se concluye que en esta oportunidad no se cumple con el primer presupuesto del test de igualdad, esto es, que los supuestos de hecho sean susceptibles de compararse. Por lo tanto, ante regímenes tan disímiles no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del mencionado test, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer «qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado» [136] y, en tal medida, este tercer cargo no prospera” (negrita fuera del texto original).

Así las cosas, este Despacho deberá negar la reliquidación de la pensión de invalidez del actor, con la inclusión del subsidio familiar, pues tal como se indicó en la sentencia citada precedentemente, no está demostrado que efectivamente se haya presentado un trato distinto a sujetos semejantes, ya que los miembros del Nivel Ejecutivo y los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, ejercen funciones distintas y, por ende, las prestaciones a las que tienen derecho se determinan por regímenes especiales aplicables a cada uno, razón por la cual, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado.

5.5. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte actora.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la parte demandante excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 11 de hoy 7 de mayo de 2021, a la hora de las 8.00 a.m.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00296-00*

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

aec294c200619e6987e50bd427f9f715479cbba283a0448c7ebd588ae22af5
de

Documento generado en 06/05/2021 03:06:41 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00343-00
Demandante: JAIME GÓMEZ MONTES
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-
Asunto: SENTENCIA

El señor **JAIME GÓMEZ MONTES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.110.108 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 044365 del 28 de noviembre de 2016 y RDP 011757 del 23 de marzo de 2017, por medio de las cuales se negó la reliquidación de la pensión del actor y se resolvió el recurso de apelación, reajustando dicha prestación, pero sin incluir todos los factores salariales.

Que se declare que el actor tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- le reliquide la pensión de jubilación, teniendo en cuenta además de los factores salariales reconocidos, los

correspondientes a la Prima de navidad, bonificación semestral, bonificación por servicios, compensatorios y prima de productividad, devengados hasta el 31 de diciembre de 2010.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

- i) Reconocer y pagar al actor las diferencias entre lo que se ha venido cancelando, de conformidad con la Resolución No. PAP 000093 del 6 de agosto de 2009 y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene la liquidación de la pensión, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, tales como prima de navidad, bonificación semestral, bonificación por servicios, compensatorios y prima de productividad.
- ii) Indexar el valor de las mesadas adeudadas al actor, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor, como lo establece el artículo 187 del C.P.A.C.A., desde que se originó la obligación hasta la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.
- iii) Que si no se da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A., la entidad demandada liquide los intereses moratorios hasta que le dé cumplimiento a la sentencia que le puso fin al proceso, conforme lo preveé el mismo artículo del C.P.A.C.A.
- iv) Pagar al actor los intereses de mora causados por el injusto retardo en el pago del valor real de su pensión de jubilación, según lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993
- v) Que se dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- vi) Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el apoderado del demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el señor Jaime Gómez Montes laboró en la Aerocivil desde el 25 de noviembre de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2010, esto es, por más de 22 años, desempeñando funciones consideradas de excepción conforme a la Ley 7° de 1961 y el Decreto 1372 de 1966, que contemplan el derecho a la pensión de jubilación con 20 años de servicio, sin consideración a la edad.

1.2.2. Que mediante la Resolución No. PAP 000093 del 6 de agosto de 2009, proferida por CAJANAL en liquidación, se reconoció la pensión al actor, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2008, reconociendo que adquirió el status jurídico de pensionado el 24 de noviembre de 2008, al cumplir 20 años de servicio sin consideración a la edad, conforme a lo establecido en la Ley 7ª de 1961, pero sin tener en cuenta los factores salariales de prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación semestral, prima de productividad y compensatorios.

1.2.3. Que por escrito con radicado SOP 20160109442 del 24 de junio de 2016, se solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, solicitud que fue denegada por medio de la Resolución RDP 044365 del 28 de noviembre de 2016.

1.2.5. A través de radicado No. 201650054382852 del 23 de diciembre de 2016, se interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución No. RDP 044365 del 28 de noviembre de 2016.

1.2.6. Por medio de la Resolución RDP 011757 del 23 de marzo de 2017 la UGPP resolvió el recurso de apelación, revocando en todas y cada una de sus partes la Resolución No. RDP 044365 del 28 de noviembre de 2016, ordenando reliquidar la pensión del demandante, pero sin incluir todos los factores salariales.

1.2.7. Con Resolución RDP 019978 del 16 de mayo de 2017, la UGPP modifica el artículo sexto de la Resolución RDP 11757 del 23 de marzo

de 2017, ordenando deducir lo ya cancelado por vía administrativa o ejecutiva.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos la Ley 7ª de 1961 y el artículo 6º del Decreto 1372 de 1966.

Señala que conforme al acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación del actor, este adquirió el estatus jurídico el 24 de noviembre de 2008, es decir 20 años de servicio sin consideración a la edad, como lo establece la Ley 7ª de 1961, por ser un funcionario que en consideración a la naturaleza de las funciones que desempeñaba, se encontraba cobijado por el régimen de excepción contemplado en las normas mencionadas.

Agregó que es claro que CAJANAL, hoy UGPP, inaplicó el artículo 2º de la Ley 7ª de 1961, que remite al artículo 21 del Decreto 1237 de 1946, en el sentido de que el monto de la pensión es sobre el 75% del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado el actor durante el último año de servicios, las cuales de conformidad con lo establecido en la Ley 5ª de 1969, artículo 2º, corresponden a todo lo que el funcionario percibe por concepto de salario, es decir, lo que devenga por retribución de sus servicios.

Afirmó que si CAJANAL EICE, hoy la UGPP, le reconoció el derecho a la pensión de jubilación al actor, de conformidad con lo establecido en la Ley 7ª de 1961 a los 20 años, sin consideración a la edad, para efectos de la liquidación de la misma, debió igualmente aplicar el Decreto 1372 de 1966, artículo 6º.

Argumentó que el actor se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que le permitió pensionarse con el régimen especial contemplado en la Ley 7ª de 1961 y el Decreto 1372 de 1966, tal como lo reconoce la UGPP, con 20 años de servicio, sin consideración a la edad; sin embargo, no hay

lugar, a la aplicación del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, pues allí se reguló el salario mensual base para calcular cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo.

III. CONTESTACION

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **28 de noviembre de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Luego de citar los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018, por el H. Consejo de Estado dentro del expediente No. 2012-00143, manifestó que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, no puede acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que de realizarlo iría en contravía de lo establecido por el Legislador y dicha Corporación.

De otro lado, propuso las excepciones de:

i) Inexistencia del derecho y de la obligación: Afirma que al verificar las resoluciones impugnadas, las mismas se encuentran ajustadas a derecho y a los criterios esbozados por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

ii) Cobro de lo no debido: Señala que la UGPP al reconocer y pagar una pensión lo realiza con fundamento en la normatividad jurídica vigente, así como de acuerdo a la jurisprudencia que constituye doctrina probable, además de dar aplicación estricta a los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios y semanas de cotizaciones, también en cuanto al monto pensional, por lo tanto, cuando la parte sin asidero jurídico o fáctico que respalde sus pretensiones reclama el pago de una prestación social, incurre en cobro de lo no debido.

iii) Improcedencia de intereses moratorios e indexación. Manifiesta que se opone rotundamente al reconocimiento y pago de los intereses por mora consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues para el caso concreto se debe tener en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-601 del 24 de mayo de 2020, por medio de la cual se declaró exequible el mencionado artículo, en el entendido que dicha disposición solo es aplicable en el caso de mora en el pago tardío de las pensiones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, así como las que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma.

iii) Prescripción: Señala que sin que de ninguna manera se entienda reconocidos los hechos y las pretensiones de la demanda, se propone dicha excepción frente a cualquier derecho que eventualmente se hubiese 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 que preste mérito ejecutivo y haga tránsito a cosa juzgada, causados con anterioridad a 3 años.

iii) Principio de buena fe: Argumenta que la entidad demandada en todas y cada una de sus actuaciones legales, actúa bajo el principio de buena fe y, en ese asunto, en cumplimiento de dicho precepto legal acata en su integridad la normatividad vigente para efectos del reconocimiento de derechos pensionales.

iv) Innominada o genérica: Solicitó que de encontrarse probada alguna excepción y que la misma no se haya propuesto por la parte demandada se de aplicación a lo establecido por el artículo 282 del Código General del proceso, ya que de encontrar probados hechos que constituyan excepción deberán reconocerse de manera oficiosa en la sentencia.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **26 de marzo de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio en el sentido de indicar que la pensión de jubilación del actor debió ser liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales, en consideración a que se encontraba cobijado por un régimen especial de pensión consagrado en la Ley 7ª de 1961 y su decreto reglamentario 1372 de 1966, artículo 6º, que establecen el derecho a la pensión de jubilación a los 20 años de servicio sin consideración a la edad, con el 75% del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el último año de servicios.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial del **24 de marzo de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión, señalando que en el caso del actor es improcedente la reliquidación de su pensión en los términos solicitados, teniendo en cuenta que para la fecha en que cumplió el estatus pensional se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 y por ende se hace aplicable la sentencia de Unificación emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro del expediente CE-SUJ-S2-021-20 del 11 de junio de 2020, en la cual se determinó la aplicación del régimen de transición establecido en dicha Ley.

Afirmó que en virtud del régimen de transición es necesario para efectos de determinar el IBL aplicar el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de la misma norma.

Señaló que en el caso del demandante debe darse aplicación a la sentencia de unificación emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado a través de la cual se determinó los factores salariales que se deben incluir en el Ingreso Base de Liquidación (IBL) para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición (inciso

3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993), esto es, solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Por lo anterior, adujo que los factores salariales que se tendrían en cuenta para la realización de la liquidación de la mesada pensional del demandante serán aquellos establecidos en el Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta las cotizaciones efectivamente realizadas durante los últimos 10 años y los factores salariales que fueron devengados a título remunerativo, es decir, que hayan sido reportados y certificados ante la entidad en los términos de la circular conjunta No. 13 del 18 de abril de 2007, entre el Ministerio de Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Concluyó que del expediente administrativo del demandante se evidencia que éste nació el 9 de diciembre de 1943, por lo que para la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, ostentaba 51 años, siendo claramente beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y en ese sentido, se le respetó y garantizó la edad para acceder a la pensión de vejez, tiempo de servicio y número de semanas cotizadas y el monto de la pensión pero en lo atinente al IBL se le aplicó lo ordenado en la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, solicitó que se acojan los argumentos de defensa expuestos y en consecuencia se desestimen las pretensiones de la demanda.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que la señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción **innominada**, se evidencia que, no se encuentran medios exceptivos que deban ser declarados de oficio al momento de proferir el presente fallo.

Respecto a la excepción de **prescripción** se advierte que solo será resuelta en el evento de prosperar las súplicas de la demanda.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

5.2.1. Resolución No. 05259 del 13 de octubre de 2010, por la cual la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, aceptó la renuncia del demandante, a partir del 31 de diciembre de 2010.

5.2.2. Resolución No. 000093 del 6 de agosto de 2009, por la cual la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del señor Jaime Gómez Montes, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2008, con el 75% del promedio de lo devengado durante los 10 últimos años, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993.

5.2.3. Resolución No. RDP 044365 del 28 de noviembre de 2016, por medio de la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

5.2.4. Recurso de apelación interpuesto por el demandante el 23 de diciembre de 2016, contra la decisión anterior, el cual fue desatado mediante la Resolución No. RDP 011757 del 23 de marzo de 2017, en la cual se resolvió que se le debía efectuar la liquidación de su pensión de conformidad con el tiempo que laboró en la AERONAUTICA CIVIL con el 75% del Ingreso Base de Liquidación de los factores salariales devengados entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de diciembre de 2010.

5.2.5. Resolución No. RDP 019978 del 16 de mayo de 2017, por la cual la UGPP, adicionó el artículo sexto de la Resolución No. RDP 11757 del 23 de marzo de 2017, en el sentido de indicar que la Subdirección de Nómina de Pensionados de la UGPP, descontará del retroactivo pensional, los mayores valores pagados al demandante.

5.2.6. Certificaciones expedidas por el Jefe del Grupo de Situaciones Administrativas de la Dirección de Talento Humano y el Coordinador del Grupo de Situaciones Administrativas de la misma Dirección de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, en la que consta el tiempo que laboró el actor en dicha Entidad, los cargos desempeñados y la fecha de retiro.

5.2.7. Copia de los reportes de nómina correspondientes al actor desde el 1° de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2010.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar si el demandante tiene o no derecho i) a la reliquidación de su pensión mensual vitalicia de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con la Ley 7ª de 1961 y el Decreto 1372 de 1966 y ii) al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

5.4. DEL RÉGIMEN ESPECIAL APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS Y

EMPLEADOS DE LA AERONAUTICA CIVIL.

La Ley **100 de 1993** en su artículo 36 consagró en materia pensional un régimen de transición en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 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 mas 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. (Negrilla fuera de texto). (...).”

En el caso de autos se encuentra demostrado que al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor Jaime Gómez Montes, prestaba sus servicios a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y tenía 49 años de edad, pues nació el 9 de diciembre de 1943, tal como se lee en la Resolución No. 000093 del 6 de agosto de 2009, razón por la cual se encontraba dentro de las previsiones del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, le resultaba aplicable el régimen anterior a dicha Ley.

Ahora bien, el actor en el libelo demandatorio deprecia la aplicación de la Ley 7ª de 1961, por medio de la cual se establece las pensiones de jubilación de Radio-operadores, Técnicos de Radio y Electricidad y Oficiales de Meteorología al servicio de la Empresa Colombiana de Aeródromos”, la cual señala en sus artículos 1 y 2 lo siguiente:

“Artículo 1º Los Radiooperadores del Servicio Móvil Aeronáutico Categoría "R" y del Servicio Fijo, de acuerdo con las definiciones dadas en el Decreto 3418 de 1954 y su reglamentario 2427 de 1956; los Técnicos de Radio y

Electricidad y los Oficiales de Meteorología que venían prestando sus servicios a Aerovías Nacionales de Colombia, S.A (Avianca) y que fueron incorporados a la Empresa Colombiana de Aeródromos creada por el decreto 3269 de 1954, para los efectos de la pensión de jubilación tendrán derecho a que se les compute el tiempo servido a dicha empresa privada como tiempo de servicio a la Nación.

Artículo 2° *Para los efectos indicados se aplicará a los mencionados trabajadores lo dispuesto por el artículo 21 del decreto 1237 de 1946 y tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, cualquiera que fuere su edad”.*

De la normatividad en cita, se colige que, para ser beneficiario de dicho régimen especial, el funcionario o empleado debe acreditar 20 años de servicio, sin importar la edad.

Posteriormente, el Decreto 1372 de 1966, “*Por el cual se reglamenta la Ley 7ª de 1961 sobre pensiones de jubilación de radioperadores, técnicos de radio, de electricidad y oficiales de meteorología*”, en su artículo 6° señaló:

“Artículo 6° *De acuerdo con los artículos 2° de la Ley 7ª de 1961 y 21 del Decreto 1237 de 1946. el personal de que trata el presente Decreto tendrá derecho a la pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75) del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el último año de servicios”.*

En ese sentido, se concluye que al demandante le resultaba aplicable el Decreto 1372 de 1966, pues de la lectura de la Resolución No. RDP 011757 del 23 de marzo de 2017, así como de las Certificaciones de información laboral, de salarios y factores salariales, emitidas por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, se evidencia que laboró desde el 25 de noviembre de 1988 hasta el 30 de diciembre de 2010, en dicha entidad, esto es, por un lapso de 22 años, por lo que acreditó el requisito de 20 años de servicio al Estado.

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que no se discute el régimen aplicable, sino los factores que fueron tenidos en cuenta en la

liquidación de la pensión del actor, el Despacho definirá la presente controversia bajo el pronunciamiento efectuado por el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia del 11 de junio de 2020, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del expediente No. 05001-23-33-00-2012-00572-01(1882-14, pues si bien se efectuó el estudio respecto de un empleado de la Contraloría General de la República, lo cierto es que constituye un referente jurisprudencial pertinente y por ende plausible su aplicación para quienes siendo beneficiarios de la transición, definieron su derecho conforme a una norma especial, como sucede en el presente caso. Al efecto señaló:

Lo expresado resulta importante para esta providencia, pues si bien aquel precedente atañe al régimen general anterior contenido en la Ley 33 de 1985, constituye un referente jurisprudencial pertinente, y por ende, plausible su aplicación para quienes siendo beneficiarios de la transición, **definieron su derecho conforme a una norma especial**; pues, el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 no estableció tratos diferenciales para los distintos servidores públicos, y muestra de ello es que ingresaron a él solo en consideración al sector a donde estaban vinculados, sin atender las instituciones empleadoras ni las entidades previsionales que los amparaban.

(...)

“(...)

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.

[...]

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.

86. [...] el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a

adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas. [...]

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. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

[...].

51. También fijó una primera **subregla** referida al periodo para liquidar las pensiones en los siguientes términos:

«[...]

- 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 hiciera 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.[...]

52. Finalmente, estableció una segunda **subregla** relacionada con los factores indicando:

« [...] 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».

«[...]

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

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

53. De acuerdo con la regla y subreglas contenidas en el precedente de Sala Plena, el ingreso base de liquidación para las pensiones de quienes están en transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o el del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda. Estas personas se pensionan con los requisitos de la norma anterior en cuanto a edad, tiempo de servicio y tasa de retorno.

54. Lo expresado resulta importante para esta providencia, pues si bien aquel precedente atañe al régimen general anterior contenido en la Ley 33 de 1985, constituye un referente jurisprudencial pertinente, y por ende, plausible su aplicación para quienes siendo beneficiarios de la transición, **definieron su derecho conforme a una norma especial**; pues, el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 no estableció tratos diferenciales para los distintos servidores públicos, y muestra de ello es que ingresaron a él solo en consideración al sector a donde estaban vinculados, sin atender las instituciones empleadoras ni las entidades previsionales que los amparaban.

(...)

Reglas jurisprudenciales que se dictan en la sentencia.

107. Considerando el tema que fue avocado para unificación, y lo disertado en esta sentencia, la Sala fija la siguiente regla jurisprudencial:

107.1 **Sentar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con los requisitos del Decreto 929 de 1976 en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en cuanto a periodo corresponde a las variables previstas en los artículos 21 y 36 de esta norma; y respecto a los factores, atenderá la regla de cotización contemplada en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

(...)"

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que el Consejo de Estado adoptó el criterio interpretativo fijado por la Corte Constitucional en el sentido que en tratándose de un **régimen especial** el IBL que debe

tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando las siguientes subreglas: **a)** Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo -el que fuere superior-; **b)** 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 y **c)** para los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición se **atenderá la regla de cotización contemplada en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.**

Descendiendo al caso bajo examen, se advierte que, mediante la **Resolución No. 000093 del 6 de agosto de 2009** CAJANAL ordenó el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de vejez al señor Jaime Gómez Montes, de conformidad con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años, conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, entre el 1 de diciembre de 1998 y el 30 de noviembre de 2008.

Posteriormente, a través de la **Resolución No. RDP 011757 del 23 de marzo de 2017**, la entidad demandada reliquidó la pensión de vejez al actor, teniendo en cuenta para el efecto el tiempo laborado en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con el 75% del Ingreso Base de Liquidación conformado por los factores salariales devengados en los 10 últimos años, esto es entre el 1° de enero de 2001 y el 30 de diciembre de 2010, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994.

Así las cosas, se encuentra demostrado que la UGPP al reconocer la pensión del demandante dio aplicación a lo establecido en la Ley 7ª de 1961 y el Decreto 1372 de 1966, en cuanto a edad y tiempo de servicios, tomando como ingreso base de liquidación (IBL) el 75% del promedio de

lo devengado en los últimos 10 años de servicio, toda vez que el IBL no fue objeto del régimen de transición.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta el Decreto 1158 de 1994, contempla los siguientes:

- 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 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”.***

De otra parte, se desprende de los certificados expedidos por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, que el actor devengó: **asignación básica, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación semestral, prima de navidad, bonificación especial recreación, prima de productividad, vacaciones, jornada ordinaria dominical y horas extras diurnas ordinarias y dominicales.**

Ahora, de la lectura del acto de reconocimiento pensional se evidencia que la UGPP reconoció al actor los factores de: asignación básica, jornada ordinaria dominical, bonificación por servicios prestados, recargo nocturno ordinario y dominical, horas extras nocturnas ordinarias y diurnas ordinarias y dominicales, los cuales son los únicos que se encuentran contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Por su parte, si bien en la Resolución No. RDP 011757 del 23 de marzo de 2017, no se detallaron los factores sobre los cuales se ajustó dicha prestación, lo cierto es que de los devengados por el demandante, según las certificaciones señaladas anteriormente, solamente la **asignación básica, la remuneración por trabajo dominical y festivo y la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras o realizado en jornada nocturna y la bonificación por servicios prestados**, se encuentran contempladas en el Decreto 1158 de 1994,

los cuales se presumen fueron incluidos, pues claramente se señaló que la reliquidación se realizaba con los factores previstos en el mencionado Decreto, sin que sea viable la inclusión de todos los devengados por el actor en el último año de servicios, como se solicita en la demanda.

De lo anterior se colige que los actos demandados se ajustan a los postulados expuestos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, razón por la cual se denegarán las pretensiones de la demanda.

Por último, advierte el Despacho que, dado que no es dable la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicios, por sustracción de materia, no hay lugar a efectuar el estudio respecto del pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

5.5. COSTAS.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte actora.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la parte demandante excepto los ya causados, a petición del mismo.

CUARTO: Se reconoce personería al Doctor **OMAR ANDRÉS VITERI DUARTE**, de conformidad con el poder general otorgado por el Doctor Luis Manuel Garavito Medina, en su condición de Director Jurídico de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- mediante Escritura Pública No. 604 del 12 de febrero de 2020, otorgada en la Notaria 73 del Circulo de Bogotá D.C.

Igualmente, se reconoce personería a la Doctora **LAURA NATALÍ FEO PELÁEZ**, en virtud del poder de sustitución conferido por el doctor Omar Andrés Viteri Duarte.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 11 de hoy 7 de mayo de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**b6d39c73b550c4f8aa7a4c132c8e8365e3ffcc6bd69c5696814630334f4ecf9
c**

Documento generado en 06/05/2021 12:40:52 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00413-00**
Demandante: JOSÉ APOLINAR DÍAZ MAYORGA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES
Asunto: SENTENCIA

El señor **JOSÉ APOLINAR DÍAZ MAYORGA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 14.220.318 de Ibagué, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1.1. PRETENSIONES

1.1.1. La parte demandante solicitó que se declare la **nulidad** de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 24314 del 5 de marzo de 2013, por medio de la cual la entidad demandada le negó al demandante el reconocimiento de la pensión.
- La Resolución No. GNR- 151743 del 6 de mayo de 2014, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo señalado anteriormente, confirmándolo en su integridad.
- La Resolución No. SUB 177192 del 9 de julio de 2019, mediante la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. SUB 97490 del 25 de abril de la misma anualidad.

- La Resolución No. DPE 9540 del 10 de septiembre de 2019, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación promovido contra la Resolución No. SUB 97490 del 25 de abril del mismo año, confirmándola en todas sus partes.

1.1.2. Igualmente, solicitó que se declare la **nulidad parcial** de los actos administrativos que se relacionan a continuación:

- Resolución No. VPB- 18842 del 27 de octubre de 2014, por la cual se revocó la Resolución No. GNR 24314 del 5 de marzo de 2013 y reconoció la prestación, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 929 de 1976.
- Resolución No. SUB 184916 del 11 de julio de 2018, mediante la cual se ordenó la inclusión en nómina de la pensión, aplicando la Ley 797 de 2003.
- Resolución No. SUB 97490 del 25 de abril de 2019, a través de la cual se reliquidó el quantum pensional, aplicando las Leyes 33 de 1985 y 797 de 2003, así como la sentencia SU-230 de 2015.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó que se condene a la entidad demandada a:

1.1.3. Declarar que el demandante se encuentra amparado bajo los regímenes de transición consagrados en: la ley 100 de 1993 y el parágrafo 4º transitorio del acto Legislativo 01 de 2005.

1.1.4. Declarar que por haber laborado durante más de 20 años como funcionario público, le es aplicable el Decreto 929 de 1976, que consagra el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República.

1.1.5. Reliquidar y pagar la pensión de vejez, desde la fecha en que se adquirió el status pensional y se ejecutó el retiro del servicio, es decir, 9 de julio de 2018, aplicando el régimen especial establecido en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976 o el régimen especial para los empleados de

la Contraloría General de la República, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último semestre de servicios.

1.1.6. Subsidiariamente, si fuere más favorable, reliquidar, reconocer y pagar desde la fecha de su exigibilidad, la pensión de vejez al tenor de la Ley 33 de 1985, tomando como base el promedio salarial del último año de servicio.

1.1.7. Pagar desde la fecha de su causación, la mesada catorce (14), correspondiente a junio de 2019 y las que se causen hacia el futuro.

1.1.8. Declarar que no operó el fenómeno de la prescripción en la prestación reclamada, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho pensional y hasta que se restablezcan efectivamente sus derechos.

1.1.9. Pagar de forma indexada las sumas adeudadas, desde la fecha en que se adquirió el derecho y hasta la fecha de su pago real.

1.1.10. Pagar los intereses moratorios bancarios, desde la fecha de su causación hasta la fecha de pago efectivo.

1.1.11. Pagar las demás acreencias que ultra y extra petita declare probadas el Despacho.

1.1.12. Pagar las costas procesales, de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 44001233300020149003501 (15752016).

1.1.13. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la apoderada de la parte actora alude a los siguientes hechos:

1.2.1. El accionante nació el 17 de febrero de 1955 y cotizó en forma ininterrumpida como empleado público, desde el 27 de abril de 1976,

razón por la cual al primero (1°) de abril de 1994, tenía computadas más de 750 semanas válidas para pensión de vejez y, en consecuencia, estaba amparado en el régimen especial de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.2.2. La vinculación laboral la inició el afiliado ante la Gobernación del Tolima, durante el periodo comprendido entre el 27 de abril de 1976 y el 4 de enero de 1987 y, posteriormente, ante la Contraloría General de la República, desde el 12 de mayo de 1988 hasta el 9 de julio de 2018, superando 1950 semanas cotizadas, como lo acreditó Colpensiones.

1.2.3. El 17 de febrero de 2010, el demandante adquirió el status pensional por haber cumplido 55 años de edad, razón por la cual, solicitó el reconocimiento y pago de la prestación.

1.2.4. Por medio de la Resolución No. GNR 24314 del 5 de marzo de 2013, Colpensiones negó lo deprecado por el actor aduciendo que, si bien cumplía con el requisito de edad, lo cierto es que no acreditaba las semanas.

1.2.5. El 27 de marzo de 2013, el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicho acto administrativo, por considerar que la entidad no había tenido en cuenta las cotizaciones realizadas como empleado de la Gobernación del Tolima, como tampoco el tiempo de servicio que prestó en la Contraloría General del República, desconociendo el régimen de transición que lo amparaba.

1.2.6. A través de la Resolución GNR 151743 del 6 de mayo de 2014, la entidad demandada resolvió desfavorablemente el recurso de reposición y concedió la alzada.

1.2.7. Mediante la Resolución VPB 18842 del 27 de octubre de 2014, Colpensiones resolvió el recurso de apelación y, en consecuencia, revocó la Resolución No. 24314 de 2013, reconociendo y ordenando el pago de la pensión vitalicia de vejez, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976, incluyendo como base de cotización los factores salariales establecidos en los Decretos 720 de 1978, 1045 de la misma anualidad y 1158 de 1994.

1.2.8. El 23 de abril de 2018, el actor le solicitó a Colpensiones la inclusión en nómina de pensionados, debido a su desvinculación laboral.

1.2.9. A través de la Resolución No. SUB 184916 del 11 de julio de 2018, Colpensiones omitió el principio de cosa juzgada, toda vez que dentro de una plasmaría *reformatio in pejus*, desconoció los derechos adquiridos por el demandante, en la medida que aplicó una norma desfavorable para la prestación, es decir, la Ley 797 de 2003.

1.2.10. El 7 de diciembre de 2018, el demandante le solicitó a la entidad demandada la modificación del artículo 1° de la Resolución SUB 184916 de 2018, con el propósito que se mantuviera sin modificación alguna lo dispuesto en la Resolución VPB 18842 de 2014, respecto a la normatividad aplicable y monto pensional.

1.2.11. A través de la Resolución No. SUB 97490 del 25 de abril de 2019, Colpensiones reliquidó el monto pensional, tasándolo en la suma de \$1.938.904,00 m/cte., a partir del 10 de julio de 2018.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidos los artículos 1 a 4, 6, 25, 29, 53, 58, 83, 90 y 122 a 125 de la Constitución Política; 36 y 85 del Código Contencioso Administrativo; 7 del Decreto 929 de 1976, 36 de la Ley 100 de 1993, 1° de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Afirmó que la entidad demandada trasgredió los principios de inescindibilidad de la norma, de favorabilidad laboral e *in dubio pro operario*, en la medida que desde el inicio conocía que la regulación más favorable al actor era la contenida en el Decreto 929 de 1976 o régimen especial de la Contraloría General de la República.

Señaló que la administración debe acudir al criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa en favor del afiliado o beneficiario de la

seguridad social, para analizar los asuntos sometidos a su conocimiento, la cual se encuentra plasmada en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la legislación nacional.

Indicó que la entidad demandada desconoció el precedente jurisprudencial que se ocupó de citar, así como las disposiciones legales que la obligaban a liquidar la pensión, tomando como IBL el promedio salarial del último semestre.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **23 de enero de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que al estudiar el caso del actor, se evidenció que los actos administrativos por medio de los cuales le fue reconocida la pensión, se expidieron de conformidad con las normas legales que regulan la materia.

Manifestó que el legislador creó un régimen pensional especial para los empleados de la Contraloría General, esto es, el Decreto 929 de 1976, el cual se encargó de determinar los lineamientos para la liquidación de las pensiones de tales empleados públicos.

Sostuvo que el H. Consejo de Estado reiteradamente a mencionado que el decreto no hizo alusión a qué se debía entender por salario y, en ese sentido, se debía acudir a su artículo 17, según el cual *«En cuanto no se oponga el texto y finalidad del presente Decreto las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y normas que lo modifican y adicionan, serán aplicables a los empleados de la Contraloría General de la República»*.

En ese sentido, refirió que las liquidaciones y reajustes de la prestación, se efectuaban con los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en el Decreto 720 de 1978; sin embargo, dicha situación cambió con la expedición de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la cual, se estudió

el caso de un empleado público a quien le era aplicable la Ley 33 de 1985, donde se establecieron las reglas jurisprudenciales a unificar, las cuales se hacen extensibles a los demás regímenes de transición, según lo señalado por dicha Corporación Judicial.

Adujo que los factores salariales a incluir, serán únicamente los legales y frente a los cuales el trabajador haya realizado los aportes, con el objeto de no afectar las finanzas públicas y quebrantar el principio de solidaridad.

Aludió que 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, se rige por las normas del Acuerdo 049 de 1990.

Indicó que para quienes les falte menos de 10 años para adquirir el derecho de la pensión al momento que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el objeto de establecer el ingreso base de liquidación y para quienes les falte más de 10 años, será el previsto en el artículo 21 de dicha disposición legal.

En ese sentido, afirmó que para quienes se encuentren en el régimen de transición, cuando les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, se tendrá en cuenta el promedio de lo devengado en ese lapso, es decir, el comprendido entre la entrada en vigencia de la referida Ley 100 y el momento en que cumpla los requisitos para la pensión.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) **Cobro de lo no debido:** Señaló que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, al reconocer y pagar una pensión, se fundamenta 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 el actor sin asidero jurídico o fáctico reclama una prestación distinta incurre en un cobro de lo no debido.

ii) **Inexistencia del derecho reclamado:** Precisó que no es posible reliquidar la prestación reconocida al actor con la totalidad de los factores salariales devengados en el último semestre o subsidiariamente en el 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 de 2017, SU-395 de 2017, SU-023 de 2018 de la H. Corte Constitucional y el fallo del 28 de agosto de 2018, proferido por el H. Consejo de Estado, mediante los cuales se aclaró que el promedio de 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, excluyendo el IBL.

iii) **Prescripción:** Afirmó que sin que con ello se reconozca derecho alguno al demandante, se declare dicho fenómeno sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a su favor.

iv) **Buena fe:** Sostuvo que 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 Constitución Política.

v) **Genérica o innominada:** Solicitó que se declare cualquier medio exceptivo que se encuentre probado en el proceso.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

Mediante escrito allegado vía correo electrónico el **7 de abril de 2021**, el apoderado del actor presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, en el sentido de indicar que, a partir de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2011, por la Sala Plena del H. Consejo de Estado, la posición jurisprudencial sobre la materia, afirmaba que el IBL también debía

corresponder al estatuido en el Decreto 929 de 1976, en virtud de los principios de favorabilidad e inescindibilidad normativa.

Refirió que las situaciones fácticas que rodearon al actor se encuentran amparadas en el Decreto 929 de 1976, por ser más favorable y, por ello, no es posible tomar los factores enlistados en la Ley 100 de 1993, para determinar el ingreso base de liquidación, dado que al principio de favorabilidad le secunda el de inescindibilidad de las leyes, según el cual, la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación.

Sostuvo que, a través de los actos demandados se desconoció lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976 (régimen pensional de los empleados de la Contraloría General de República) y para el caso no era aplicable la sentencia SU-230 de 2015, expedida por la Corte Constitucional, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016.

Afirmó que el demandante adquirió su estatus pensional el 17 de febrero de 2010, esto es, con anterioridad a la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por lo que la situación debe regularse por el régimen jurídico vigente para esa fecha, siendo inaplicable la sentencia de unificación proferida el 11 de junio de 2020, por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de la cual sentó jurisprudencia sobre el IBL de las pensiones reconocidas con los requisitos del Decreto 929 de 1976, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por ser notoriamente restrictiva y desfavorable al trabajador que ya tenía consolidado un derecho en igualdad de condiciones de las personas que se pensionaron para la misma época.

Indicó que, de conformidad con la sentencia de unificación proferida el 11 de marzo de 2010, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la base de liquidación está compuesta por todos los factores constitutivos

de salario y la liquidación del quinquenio fue unificado por la misma sección en fallo del 7 de diciembre de 2016.

Anotó que se estima que un concepto jurisprudencial posterior, no puede desconocer los amparos constitucionales que tenía el demandante; amén, que dicha protección no se puede entender como un abuso del derecho, porque de hacerlo, implicaría revocar las decisiones judiciales que se hicieron y favorecieron a los funcionarios que se pensionaron antes de 2014.

En ese sentido, señaló que se debe declarar la nulidad parcial de los actos enjuiciados y ordenar reliquidar la pensión reconocida al actor, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante los últimos seis meses de servicios, conforme lo certificado por la Dirección de Talento Humano de la Contraloría General de la República, incluyendo los siguientes factores: sueldo, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima e indemnización de vacaciones, prima de navidad y bonificación especial quinquenal, fraccionados en una sexta parte y ordenar el descuento de los aportes frente a los mayores valores correspondientes a la nueva liquidación.

Adujo que tratándose de derechos adquiridos, al legislador le está prohibido desconocerlos o modificarlos y frente a las expectativas legítimas se deberá, en lo posible, mantener las condiciones que venía regulando para aquellas personas que al momento del cambio de legislación estaban *ad portas* de consolidar sus aspiraciones y, en cuanto a las meras expectativas, cuenta con libertad para modificar las condiciones que gobernaban el derecho, dicho en términos técnicos, el legislador puede hacer uso libremente de su facultad de configuración legal.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **5 de abril de 2021**, solicitó que se nieguen las pretensiones del libelo, reiterando los argumentos expuestos en la

contestación de la demanda, al sostener que el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en reciente sentencia de unificación jurisprudencial, dejó atrás las dicotomías que por muchos años tenía con la Corte Constitucional, reconociendo 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.

Indicó que los precedentes jurisprudenciales que se ocupó de citar, son de obligatorio acatamiento, dado que fueron expedidos por la H. Corte Constitucional y el órgano de cierre, por lo que las razones para disentir de las líneas jurisprudenciales unificadas precisan de un apartamiento debidamente argumentado cuyas reglas se hallan en la jurisprudencia.

4.3. Agente del Ministerio Público.

La señora agente del Ministerio público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a las excepciones de **cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado y buena fe**, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual deben tenerse como alegaciones de la defensa y, por tanto, es preciso proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se precisa que solo será resuelta en el evento de prosperar las súplicas de la demanda.

Frente a la excepción **genérica o innominada**, advierte el Despacho que será declarado de oficio cualquier medio exceptivo, que se encuentre probado.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor José Apolinar Díaz Mayorga, en la que se acredita que nació el 17 de febrero de 1955.

5.2.2. Reporte de semanas cotizadas en pensiones por el actor, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

5.2.3. Certificaciones de información laboral, de salarios y factores salariales del demandante, emitidas por la Contraloría General de la República.

5.2.4. Resolución No. VPB 18842 del 27 de octubre de 2014, por medio de la cual Colpensiones resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 24314 del 5 de marzo de 2013 y, en consecuencia, revocó dicho acto administrativo, ordenando el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de vejez al actor, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, incluyendo como ingreso base de cotización los factores salariales establecidos en los Decretos 720 de 1978, 1045 de 1978 y Decreto 1158 de 1994, con un IBL del 75% y dejándola en suspenso hasta que se acreditara el retiro del servicio.

5.2.5. Resolución No. SUB 184916 del 11 de julio de 2018, a través de la cual Colpensiones reconoció la pensión de vejez al actor, en virtud de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y ordenó la inclusión en nómina de pensionado.

5.2.6. Resolución No. SUB 97490 del 25 de abril de 2019, por medio de la cual la entidad demandada reliquidó la pensión de vejez del actor, en el sentido de “***mantener el valor reconocido mediante Resolución No. VPB 18842 del 27 de octubre de 2014 en los mismos términos, es decir a 2014 la mesada correspondía a \$1,591,500, y actualizada a 2018 (fecha de retiro) corresponde a \$1,938,904***” (negrita del Despacho).

5.2.7. Resolución No. SUB 177192 del 9 de julio de 2019, mediante la cual la entidad demandada resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, confirmando en su integridad la Resolución No. SUB 97490 del 25 de abril de 2019.

5.2.8. Resolución No. DPE 9540 del 10 de septiembre de 2019, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación promovido contra la Resolución No. SUB 97490 del 25 de abril de 2019, manteniéndola en todas y cada una de sus partes.

5.2.9. Medio magnético contentivo del expediente administrativo del actor, esto es: i) de los actos administrativos que negaron la pensión deprecada por el demandante, de reconocimiento de la prestación y por los cuales se desataron los recursos de reposición y apelación; ii) de la cédula de ciudadanía; iii) de los certificados salariales y prestaciones; iv) del acto administrativo que aceptó su renuncia en la Contraloría General de la República y v) de los reportes de semanas cotizadas en pensiones, entre otros.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en el auto del 18 de marzo de 2021, los problemas que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: **i)** si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación de su pensión, con la inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el último semestre, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 929 de 1976 o tomando como base el promedio salarial del último año de servicio, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y **ii)** si le asiste o no el derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce (14).

5.4. DEL RÉGIMEN ESPECIAL APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Ley **100 de 1993** en su artículo 36 consagró en materia pensional un régimen de transición en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 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. (Negrilla fuera de texto).

En el caso de autos se encuentra demostrado que al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor José Apolinar Díaz Mayorga, prestaba sus servicios en la Contraloría General de la República y contaba con más de 15 años de servicios, dado que su vinculación con la Gobernación del Tolima fue desde el 27 de abril de 1976, tal como consta en la Resolución VPB 18842 del 27 de octubre de 2014, razón por la cual se encontraba dentro de las previsiones del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, le resultaba aplicable el régimen anterior a dicha Ley.

Ahora bien, el actor en el libelo demandatorio deprecia la aplicación del régimen especial de la Contraloría de la General de la República, en virtud del Decreto 929 de 1976 “*Por el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares*”, en cuyo artículo 7ª, señala:

“ARTÍCULO 7º. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio 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 República **a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre***” (nerita del Despacho).

De la normatividad en cita, se colige que, para ser beneficiario del régimen especial de la Contraloría General de la República, el funcionario o empleado debe acreditar 20 años de servicio al Estado y por lo menos 10 de ellos, exclusivamente a la entidad.

En ese sentido, se concluye que al demandante le resulta aplicable el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, pues de la lectura de la Resolución No. VPB 18842 del 27 de octubre de 2014, así como del reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y de las Certificaciones de información laboral, de salarios y factores salariales, emitidas por la Contraloría General de la República, se evidencia que el señor José Apolinar Díaz Mayorga laboró desde el 12 de mayo de 1988 hasta el 1 de abril de 2013, en esta última entidad, esto es, por un lapso de 24 años, por lo que acreditó el requisito de 20 años de servicio al Estado; amén, que cumplió los 55 años de edad, el 17 de febrero de 2010, tal como se acredita de su cédula de ciudadanía..

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que no se discute el régimen aplicable, sino los factores que fueron tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión del actor, el Despacho definirá la presente controversia bajo la **Sentencia de Unificación del 11 de junio de 2020**, proferida por el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del expediente No. 05001-23-33-00-2012-00572-01(1882-14), en la cual dicha Corporación Judicial señaló:

“(…)

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.

[...]

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.

86. [...] el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas. [...]

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. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

[...].

51. También fijó una primera **subregla** referida al periodo para liquidar las pensiones en los siguientes términos:

«[...]

- 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 hiciera 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.[...]

52. Finalmente, estableció una segunda **subregla** relacionada con los factores indicando:

«[...] 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».

«[...]

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

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

53. De acuerdo con la regla y subreglas contenidas en el precedente de Sala Plena, el ingreso base de liquidación para las pensiones de quienes están en transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o el del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda. Estas personas se pensionan con los requisitos de la norma anterior en cuanto a edad, tiempo de servicio y tasa de retorno.

54. Lo expresado resulta importante para esta providencia, pues si bien aquel precedente atañe al régimen general anterior contenido en la Ley 33 de 1985, constituye un referente jurisprudencial pertinente, y por ende, plausible su aplicación para quienes siendo beneficiarios de la transición, definieron su derecho conforme a una norma especial; pues, el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 no estableció tratos diferenciales para los distintos servidores públicos, y muestra de ello es que ingresaron a él solo en consideración al sector a donde estaban vinculados, sin atender las instituciones empleadoras ni las entidades previsionales que los amparaban.

(...)

Del régimen especial aplicable a los funcionarios de la Contraloría General de la República.

92. El régimen de prestaciones sociales de los servidores de la Contraloría General de la República, es el previsto en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, en los Decretos Leyes 2567 de 1946, 929 de 1976, 720 de 1978 y en sus correspondientes reglamentaciones.

93. En lo que concierne al tema pensional, el artículo 7° del Decreto Ley 929 de 1976, dispone:

[...] Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, 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 República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre [...].

94. La norma en comento, desde su contenido literal determina los requisitos fundamentales para obtener la pensión de jubilación de esos servidores en cuanto a edad, así: 50 años para mujeres, 55 para hombres; y tiempo de servicio común en 20 años, y también establece que ésta se liquidaría con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

95. Sin embargo, en lo atinente a la manera en que deben liquidarse las pensiones previstas en esta norma, únicamente se hace la siguiente precisión:

Artículo 9°.- Para liquidar las pensiones de que trata este Decreto y las demás prestaciones establecidas o reconocidas por el presente Decreto, no se incluirán los viáticos que haya recibido el empleado o funcionario, a menos que ellos sean de carácter permanente y se hayan recibido, durante un lapso continuo de seis meses o mayor [...].

96. Ahora bien, en el nuevo contexto de sostenibilidad financiera y resaltando la importancia de los aportes pensionales para el financiamiento de la pensión, se tiene que el artículo 16 del ya mencionado Decreto Ley 929 de 1976, establece lo siguiente:

(...)

97. De la disposición anterior, se dejan ver los porcentajes de los aportes a efectuar por parte de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República para el sostenimiento de la extinta Caja Nacional de Previsión Social, por ser el ente previsional encargado en un principio de los servicios asistenciales y del pago de las pensiones, **a donde solo se afecta el componente de asignación básica con destino al sostenimiento de tal entidad previsional.**

98. No obstante lo anterior, no puede perderse de vista, tal como se anunció en líneas anteriores, que el artículo 1° del Decreto 691 de 1994 incorporó a los servidores públicos del orden nacional al sistema integral de seguridad social, y en ellos, a los de la Contraloría General de la República, a partir del 1° de abril de 1994, con lo cual; la cotización para pensión a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, correspondía a la base prevista en el artículo 6° del tal reglamento, que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, cuyo contenido establece:

(...)

106. En el contexto anterior, la Sala, luego de analizar el conjunto de normas salariales y prestacionales de los servidores de la Contraloría

General de la República, encuentra que en vigencia de la Ley 100 de 1993 las cotizaciones para pensión solo afectan a los factores que expresamente señaló el reglamento en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, pues antes de tal norma, la base de cotización la constituía la asignación básica. En otros términos, ninguna norma que regula los salarios y prestaciones sociales para tal sector dispone de manera expresa una regla de cotización diferente a la anunciada.

Reglas jurisprudenciales que se dictan en la sentencia

107. Considerando el tema que fue avocado para unificación, y lo disertado en esta sentencia, la Sala fija la siguiente regla jurisprudencial:

107.1 **Sentar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con los requisitos del Decreto 929 de 1976 en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en cuanto a periodo corresponde a las variables previstas en los artículos 21 y 36 de esta norma; y respecto a los factores, atenderá la regla de cotización contemplada en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

(...)"

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que el Consejo de Estado adoptó el criterio interpretativo fijado por la Corte Constitucional en el sentido que el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando las siguientes subreglas: **a)** Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo -el que fuere superior-; **b)** 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 y **c)** frente a los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición y que les resulta aplicable los Decretos Leyes 2567 de 1946, 929 de 1976 y 720 de 1978, se **atenderá la regla de cotización contemplada en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.**

Descendiendo al caso bajo examen, se advierte que, mediante la **Resolución No. VPB 18842 del 27 de octubre de 2014**, Colpensiones ordenó el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de vejez al señor José Apolinar Díaz Mayorga, de conformidad con lo "establecido en el

artículo 7 del Decreto 929 de 1976, incluyendo como ingreso base de cotización los factores salariales que constituyan una remuneración habitual y periódica, como son los establecidos en el Decreto 720 de 1978, Decreto 1045 de 1978 y **Decreto 1158 de 1994**, aplicable por remisión expresa del artículo 17 del Decreto 929 de 1976” (resaltado fuera del texto), con un IBL del 75%, en cuantía de \$1.591.500,00 m/cte. y dejándola en suspenso hasta que se acreditara el retiro del servicio.

Posteriormente, a través de la Resolución No. SUB 184916 del 11 de julio de 2018, la entidad reconoció la pensión de vejez al actor, en virtud de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y ordenó la inclusión en nómina de pensionado, toda vez que acreditó el retiro del servicio.

Igualmente, en dicho acto administrativo se señaló que al realizar la liquidación de la prestación reconocida, se evidenció que cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad, la indicada en la columna “Aceptada Sistema”, así:

“(…)

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
Pensión de Jubilación Funcionarios empleados de la Contraloría General de la Republica (Emp. Pub	-17 de febrero de 2010	10 de julio de 2018	2,314,123.00	1,492,217.00	1	75.00	1,735,592.00	NO
20 años de servicio al Estado y 55 años de edad (Transición frente a la ley 33)- Legal Decreto 2527 (Tr	-17 de febrero de 2010	10 de julio de 2018	2,314,123.00	1,492,217.00	1	75.00	1,735,592.00	NO
1050 semanas progresivas, 55 o 60 años de edad del 2003- Legal	-17 de febrero de 2017	10 de julio de 2018	2,313,439.00	1,492,111.00	1	79.02	1,828,079.00	SI

(…)”.

No obstante, por medio de la Resolución No. SUB 97490 del 25 de abril de 2019, la entidad demandada reliquidó la pensión de vejez del actor, señalando que, si bien la Resolución No. SUB 184916 del 11 de julio de 2018, en atención a la solicitud de inclusión en nómina realizada por el solicitante, modificó la Resolución No. VPB 18842 del 27 de octubre de 2014, concediendo la Pensión de Vejez en cuantía de \$1.828.079,00 m/cte., para el año 2018 (fecha de retiro), con un ingreso base de liquidación de \$2.313.439 y una tasa de reemplazo del 79.02%, lo cierto

es que “*teniendo en cuenta lo señalado en el Concepto Interno No. BZ_2015_8406686 del 09 de septiembre de 2015, y toda vez que la mesada reliquida es inferior a la inicialmente reconocida, **se debe mantener el valor reconocido mediante Resolución No. VPB 18842 del 27 de octubre de 2014** en los mismos términos, es decir a 2014 la mesada correspondía a \$1,591,500, y actualizada a 2018 (fecha de retiro) corresponde a \$1,938,904” (negrita del Despacho).*

Luego, mediante la Resolución No. SUB 177192 del 9 de julio de 2019, Colpensiones resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior y a través de la Resolución No. DPE 9540 del 10 de septiembre de la misma anualidad, desató el recurso de apelación promovido contra la Resolución No. SUB 97490 del 25 de abril de 2019, confirmándola en todas y cada una de sus partes, al sostener que no es posible reliquidar la prestación del actor con los factores salariales y la asignación básica que devengó en los últimos seis (6) meses, dado que la forma de promediar la base de liquidación quedó excluida del régimen de transición, toda vez que según lo señalado por la H. Corte Constitucional solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización.

Así mismo, señaló que se mantuvo el valor reconocido en la Resolución No. VPB 18842 del 27 de octubre de 2014, es decir, al año 2014 la mesada correspondía a la suma de \$1.591.500,00 m/cte. y actualizada a la vigencia 2018 (fecha de retiro), correspondía al valor de \$1.938.904,00 m/cte., dejando presente que se debe tener en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, así:

*“**EL IBL 1** corresponde a la liquidación que realiza el sistema con el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años.*

***EL IBL 2** corresponde a la liquidación que realiza el sistema con el promedio de (sic) durante toda su vida laboral”*

Así las cosas, se encuentra demostrado que la Administradora Colombiana de Pensiones al reconocer la pensión del demandante dio aplicación a lo establecido en el Decreto 929 de 1976, en cuanto a edad y tiempo de servicios, tomando como ingreso base de liquidación (IBL) el

75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciere falta, toda vez que el IBL no fue objeto del régimen de transición; amén, que una vez realizó el nuevo estudio de la prestación, se advirtió que el reconocimiento efectuado en la Resolución No. VPB 18842 del 27 de octubre de 2014 fue superior y, en consecuencia, por el principio de favorabilidad lo mantuvo en su integridad.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta el Decreto 1158 de 1994, contempla los siguientes:

- 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 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**".*

Sobre el particular, se desprende de los certificados expedidos por la Contraloría General de la República, que el actor durante el período comprendido entre el mes de julio de 2008 y el mes de febrero de 2014, así como del 9 de julio de 2017 al 8 de julio de 2018, devengó: **asignación básica**, primas de vacaciones, servicios, navidad y especial (quinquenio), **bonificación por servicios** e indemnización por vacaciones.

Ahora, si bien en el acto administrativo de liquidación pensional, no se detallaron los factores sobre los cuales se liquidó dicha prestación, lo cierto es que de los devengados por el demandante, según las certificaciones señaladas anteriormente, solamente la **asignación básica y la bonificación por servicios**, se encuentran contempladas en el Decreto 1158 de 1994, factores que se presumen fueron incluidos, pues claramente en las Resoluciones Nos. VPB 18842 del 27 de octubre de 2014 y SUB 177192 del 9 de julio de 2019, se señaló que la liquidación se realizaba con los factores previstos en el mencionado Decreto, sin que sea viable la inclusión de todos los devengados por el actor en el último semestre de servicios, como se solicita en la demanda.

De otro lado, es menester precisar que, no le asiste razón al apoderado del actor al sostener en sus alegatos de conclusión, que el señor José Apolinar Díaz Mayorga al adquirir su estatus pensional el 17 de febrero de 2010, sea decir, con anterioridad a la expedición de la sentencia C-258 de 2013, su caso particular y concreto debe regularse por el régimen jurídico vigente para esa fecha, siendo inaplicable la sentencia de unificación proferida el 11 de junio de 2020 por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, toda vez que en la referida providencia se estableció que “... *el efecto de la presente sentencia de unificación será **retrospectivo** y, por ende, la regla jurisprudencial fijada es vinculante para los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en **sede judicial**, en la forma dispuesta en la parte motiva. En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos, esto es, amparados por la cosa juzgada, resultan inmodificables*” (negrita del Despacho).

De lo anterior se colige que, como quiera que el presente caso se encontraba pendiente de decisión judicial al momento de la expedición de la mencionada sentencia de unificación del 11 de junio de 2020, la regla jurisprudencial en ella dispuesta es vinculante y, en consecuencia, los actos demandados se ajustan a los postulados fijados en dicha providencia, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, dado que no prosperó la demanda respecto de la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el último semestre, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 929 de 1976, por sustracción de materia, no le asiste el derecho al reajuste de la prestación tomando como base el promedio salarial del último año de servicio, de conformidad con la Ley 33 de 1985, debido a los precedentes jurisprudenciales citados líneas atrás.

Al respecto, basta mencionar que, si bien en la Resolución No. SUB 184916 del 11 de julio de 2018, la entidad demandada señaló que al realizar la liquidación de la prestación reconocida, se evidenció que el

demandante cumplía los requisitos para ser beneficiario de la Ley 33 de 1985, lo cierto es que, en virtud de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dentro de los Expedientes Nos. 520012333000201200143-01¹ y 05001-23-33-00-2012-00572-01(1882-14), no le asiste el derecho al reajuste con la inclusión de todos factores devengados en el último año de servicios.

5.5. DEL RECONOCIMIENTO DE LA MESADA ADICIONAL DEL MES DE JUNIO O MESADA CATORCE (14)

Sobre el particular, se advierte que no obra documento alguno que demuestre que la parte actora le solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones el reconocimiento y pago indexado de la mesada catorce (14), que se deprecia en la presente controversia, como tampoco se hizo alusión a ello en los hechos de la demanda, circunstancia que impide al Despacho realizar un pronunciamiento al respecto, por no haberse agotado la reclamación administrativa previa.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso – Administrativo - Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, en la providencia proferida el 22 de noviembre de 2018, dentro del proceso No. 080012333000201500845 01, señaló:

“3.1. Agotamiento de la actuación administrativa como requisito de procedibilidad para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

El artículo 161 del CPACA estableció los requisitos que deben cumplirse para la presentación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De manera específica, sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, preceptuó:

Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

¹ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Dr. Cesar palomino Cortés, Expediente Nos. 520012333000201200143-01

(...)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral (...).

La normativa citada consagró la denominada actuación administrativa como un presupuesto procesal de carácter obligatorio para quien pretenda demandar la legalidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En virtud de ella, el ciudadano debe, antes de instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitar su reconocimiento ante la administración si esta no se ha pronunciado oficiosamente⁷ y, de haberlo hecho, debatir la validez del acto ante esta; lo que puede hacer a través de la interposición de los recursos que la ley establece como obligatorios. De esta manera, se logra que esta revise los argumentos fácticos y jurídicos de la decisión y si es del caso, la revoque, modifique o aclare⁸.

Bajo tales supuestos, el agotamiento de la actuación administrativa constituye:

i) una garantía de los derechos al debido proceso y defensa de los ciudadanos frente al actuar de la administración, porque permite debatir sus decisiones, ii) una oportunidad para que la administración reevalúe sus actos administrativos y corrija las equivocaciones contenidas en estos y, iii) un presupuesto procesal para presentar la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁹ (negrita y subrayado del Despacho).

En ese sentido, dado que la parte actora solamente agotó la vía administrativa frente a la reliquidación de la pensión con la inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el último semestre, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 929 de 1976, se concluye que la Administradora Colombiana de Pensiones no tuvo la oportunidad de pronunciarse de fondo respecto al reconocimiento de la mesada catorce (14) y, en consecuencia, no existe un acto administrativo sobre el cual deba realizarse un control de legalidad, como tampoco se puede dar aplicación a lo contenido en el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues al no existir

petición alguna en tal sentido, no es dable invocar la figura del silencio administrativo negativo, razón suficiente para INHIBIRSE de pronunciarse sobre dicha solicitud.

5.6. COSTAS.

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las súplicas de la demanda, conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- INHIBIRSE de pronunciarse sobre la solicitud de reconocimiento de la mesada 14, por las consideraciones realizadas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- Sin costas a cargo de la parte demandante.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

Firmado

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 11, hoy 7 de mayo de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**c5f949a8586587e24b91b8e94a15834209526685f293d050cda57f6e67
25bc7a**

Documento generado en 06/05/2021 12:19:23 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**