

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO**  
**DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**

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

Expediente: **11001-3342-051-2018-00166-00**  
Demandante: **JOSÉ ALEJANDRO ROJAS MOGOLLÓN**  
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**SENTENCIA No. 396**

**I. ASUNTO A RESOLVER**

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **JOSÉ ALEJANDRO ROJAS MOGOLLÓN**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 17.041.748, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. PRETENSIONES (fls. 51 a 68).**

El demandante solicitó la nulidad de la Resolución No. SUB 20146 del 27 de marzo de 2017, Resolución No. SUB 121557 del 10 de julio de 2017 y de la Resolución No. DIR 11931 del 28 de julio de 2017, por medio de las cuales la entidad demandada negó la reliquidación pensional al demandante.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene al ente demandado a: (i) liquidar y pagar la pensión de jubilación con base en el Artículo 7º de la Ley 71 de 1988, con todos los factores salariales que sirven de base para los aportes durante el último año de servicios debidamente indexados; ii) efectuar los reajustes de Ley; iii) se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del Artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo; y iv) condenar en costas a la demandada.

**2.2. HECHOS**

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado señaló que la entidad demandada le reconoció la pensión bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, efectiva a partir del 9 de marzo de 2011, cambiando sin razón alguna el régimen de transición del cual es beneficiario.

Señaló que la entidad demandada ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del demandante sobre 899 semanas con un porcentaje del 66%, sin embargo al sumar los tiempos de servicio laborados arroja un resultado de 7388 días, equivalente a 1.055 semanas y en ese sentido al cumplir los requisitos de la Ley 71 de 1988 debe reliquidarse su pensión bajo los parámetros de esta norma.

**2.3. NORMAS VIOLADAS**

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Artículos 2, 3, 6, 25, 29, 48, 53 y 209 de la Constitución Política
- Ley 71 de 1988
- Ley 100 de 1993, Artículo 36

## NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

### 2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte demandante indicó que el actor es beneficiario del régimen de transición establecido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que debió liquidar el monto de la pensión conforme a la Ley 71 de 1988, estos es, con lo devengado en el último año de servicios, sistema que venía operando hasta la entrada en vigencia de la Ley 100.

Adujo que en los actos administrativos demandados el cuadro que representa los tiempos de servicio no corresponde, lo que a su juicio representa un error aritmético, y de acuerdo con la Ley 71 de 1988 debe liquidarse teniendo en cuenta 1.055 semanas y con el 75% del último año de servicios.

Considera que los actos administrativos fueron falsamente ya que dadas las situaciones de tiempo y edad al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se debió dar aplicación a la Ley 71 de 1988.

### 2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 92 a 102):

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 488 del 2 de mayo de 2018 (fl. 71), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (fl. 74 a 76), quien dentro del término legal contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Como fundamento de su defensa adujo que, en aplicación del régimen de transición establecido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento pensional de la demandante se efectuó con base en el Decreto 758 de 1990.

Señaló que el ingreso base de liquidación de las personas cobijadas por el régimen de transición que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, tal como lo establece la Ley 100 de 1993. Además, indicó que se deben tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional contenidos en la Sentencia SU 230 de 2015 y SU 427 de 2016.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y buena fe.

### 2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 6 de septiembre de 2018, como consta a folios 113 a 114 del expediente. En desarrollo de la misma, además de fijar el litigio, se dispuso el decreto y práctica de pruebas documentales y se prescindió de la etapa probatoria.

### 2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto de Sustanciación No. 125 del 23 de octubre de 2018 (fl. 125), se concedió el término de diez (10) días para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

**Apoderado parte demandante (fl.138 a 146):** Reiteró que la reliquidación de la pensión debe efectuarse de conformidad con la Ley 71 de 1988, es decir, con lo devengado en el último año de servicios y que la omisión de Colpensiones radica en no contabilizar bien las semanas realmente cotizadas ya que por error sumó 6.295 días correspondiente a 899 semanas cuando la realidad es que cotizó 7.388 días que equivalen a 1.055 semanas, cumpliendo de esta manera el requisito de cotización de 20 años previsto en el Artículo 7º de la Ley 71 de 1988,

**Apoderado entidad demandada (fl.127 a 136):** Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda e indicó que teniendo en cuenta el lineamiento adoptado por la Corte Constitucional en las providencias SU-230 de 2015, C-258 de 2013 y SU-395 de 2017, en las que se ha dejado claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición sólo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

Igualmente trajo a colación la sentencia del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado e indicó que en ésta se reconoce la corriente jurisprudencial de que las pensiones de los servidores públicos

## NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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, 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 y concluyó de que acuerdo con las nuevas reglas jurisprudenciales el demandante no le asiste el derecho a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios.

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si el demandante, señor JOSÉ ALEJANDRO ROJAS MOGOLLÓN, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación por aportes con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios conforme a la Ley 71 de 1988, para lo cual se deberá determinar si el demandante acredita 20 años de servicio públicos y privados.

#### 3.2. MARCO NORMATIVO

La Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, prevé en su Artículo 34 el tiempo de servicio necesario para acceder a las pensiones de vejez y el porcentaje en que la misma ha de liquidarse de acuerdo con dicho tiempo; seguidamente, el Artículo 36 *ibídem* señala los requisitos de edad para acceder a la pensión de vejez estableciendo que la misma continuará en 55 años para las mujeres y 60 para los hombres hasta el año 2014.

Sin embargo, la misma norma creó un régimen de transición del cual son beneficiarios aquellos trabajadores que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) tenían 35 años o más en el caso de las mujeres o 40 años de edad en el caso de los hombres o 15 años o más de servicios, quienes tienen derecho a que la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión les sea liquidado con base en el régimen que operaba en forma previa a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Al tenor de la referida norma, observa el despacho que el demandante cumple el requisito de edad del régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, para la fecha de su entrada en vigencia, es decir, el 01 de abril de 1994<sup>1</sup>, tenía más de 40 años de edad ya que nació el 9 de marzo de 1941<sup>2</sup>. Conforme con lo anterior, es posible obtener la pensión de vejez según las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, aplicando lo consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, norma bajo las cuales la entidad demandada reconoció la pensión de vejez al demandante.

El Decreto 758 de 1990, en torno al reconocimiento de la pensión de vejez, consagró en su Artículo 12 los requisitos esenciales para ser beneficiario de dicha prestación, para lo cual es necesario acreditar 60 años de edad en el caso de los hombres y 55 años en el caso de las mujeres y un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y su causación tendrá lugar cuando se reúnan los requisitos mínimos, pero será necesaria su desafiliación al régimen para el disfrute de la misma.

No obstante, la Ley 71 de 1988<sup>3</sup> estableció la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación con sesenta (60) años de edad si es hombre y cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer y, sumando veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo acumulados en una o varias entidades de previsión social y en el Instituto de Seguros Sociales, norma cuya aplicación solicita el demandante, y en su Artículo 7º señala:

*“Artículo 7º: A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el*

<sup>1</sup> De conformidad con el Artículo 151 de la Ley 100 de 1993 que prevé: “Vigencia del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 10. de abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma”.

<sup>2</sup> Según copia de la Cédula de ciudadanía visible a folio 49 y 50 del expediente.

<sup>3</sup> “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

Expediente: 11001-3342-051-2018-00166-00  
Demandante: JOSÉ ALEJANDRO ROJAS MOGOLLÓN  
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.”*

El artículo antes mencionado fue reglamentado por el Decreto 2709 de 1994, estableciendo el derecho a la pensión en los siguientes términos:

*“Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”*

De lo anterior se concluye que para acceder a la pensión de jubilación por aportes se requiere acreditar los siguientes presupuestos: i) 60 años de edad si es hombre o 55 si es mujer, ii) haber realizado 20 años de cotización o aportes al Instituto de Seguros Sociales y a una o varias de las entidades de previsión social del sector público; y iii) los aportes pueden realizarse en cualquier tiempo ya sea continuo o discontinuo.

No obstante, el artículo antes mencionado fue expresamente derogado por el Artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, sin establecer norma relacionada con la forma de determinar el ingreso base de liquidación de la referida pensión por aportes, es decir que se generó un vacío normativo que desencadenó diferentes interpretaciones; así, en un principio, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 9 de junio de 2011, con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso No. 250002325000200500552001, señaló que para establecer el IBL de esta prestación debía darse aplicación al inciso 3° del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, algunas subsecciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como la Subsección “B” de la Sección Segunda<sup>4</sup>, acogieron la tesis según la cual ante el vacío normativo debía acudir a la norma general prevista en la Ley 33 de 1985 y, en ese sentido, el IBL para estas prestaciones tendría que establecerse con el 75% del promedio de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año.

Pero, no puede perderse de vista que el Artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 fue declarado parcialmente nulo por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 15 de mayo de 2014, con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro de la demanda radicada bajo el No. 11001032500020110062000, decisión que dejó vigente el Artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 que inicialmente estableció la forma de liquidar la pensión por aportes.

La declaratoria de nulidad antes referida fue objeto de análisis por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo que mediante sentencia del 19 de febrero de 2015, con ponencia del consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proceso No. 25000232500020070061201, que concluyó que el Decreto 2709 de 1994 recobró vigencia, en los siguientes términos:

*“Como no existió modulación de los efectos de la sentencia del 15 de mayo de 2014, significa que aplica la regla general conforme la cual los efectos de los fallos de nulidad de los actos administrativos son hacia el pasado, ex tunc, por ende se hace de cuenta que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado, en este caso desde el 30 de mayo de 1997 en que se dictó el Decreto 1474, que en su artículo 24 había decretado la derogatoria del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, de ahí que se hace de cuenta que este último nunca salió del mundo jurídico”.*

Ahora bien, tanto la posición jurisprudencial según la cual para efectos de determinar el IBL de la pensión por aportes debe hacerse extensivo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, como esta última que acoge la vigencia del Decreto 2709 de 1994, coinciden en señalar que la pensión por aportes debe liquidarse con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, por lo tanto, el despacho entrará a establecer la forma de liquidación de pensión de vejez del demandante y qué criterio jurisprudencial es aplicable al presente caso.

<sup>4</sup> Sentencia del 7 de julio de 2016, con ponencia del magistrado Luis Gilberto Ortegón Ortegón, dentro del proceso No. 11001333503020140001001.

## NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

### 3.2.1. Aplicación del régimen de transición para efectos de la liquidación pensional

La forma en que se deben liquidar las pensiones reconocidas por virtud del régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha sido objeto de diferentes análisis y pronunciamientos tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-230 de 2015, dispuso:

*“3.2.2.1. Es importante recordar que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue crear un régimen de transición que beneficiara a las personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo la normativa que sería derogada con la entrada en vigencia de la ley 100. En concreto, en la Sentencia C-258 de 2013<sup>5</sup> se señaló que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen.*

*Dicha voluntad del legislador, afirmó la Corte, puede evidenciarse del mismo texto del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100. Agregó que entender lo contrario, en el caso particular del régimen especial derivado del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, desconocía el derecho a la igualdad.*

*Así, este Tribunal declaró inexequible la expresión “durante el último año” señalando que el IBL debía calcularse de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

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

*Tal como fue advertido por la Sala Plena mediante Auto No. 326 de 2014, esta Corporación no se había pronunciado de manera expresa acerca de la interpretación que debía otorgarse a las disposiciones que contemplaban lo atinente al monto y al ingreso base de liquidación en el régimen de transición. En este respecto, expuso:*

*“En efecto, en un primer momento, en la Sentencia C-168 de 1995 se declaró inexequible un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, pero no se hizo pronunciamiento alguno sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación<sup>6</sup>; en un segundo momento, en la Sentencia C-1056 de 2003, se declaró inexequible la modificación introducida por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, en la Sentencia C-754 de 2004, se declaró inexequible el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se hizo un segundo intento de modificación a la norma de la ley 100 antes referida, sin que se abordara lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición. Así, pues, sobre el contenido literal de la Ley 100 de 1993, que hace referencia expresa a que en lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por ese artículo, se regirán por las normas contenidas en la ley del sistema general de pensiones, la Sala Plena de este tribunal no había hecho una interpretación antes de la Sentencia C-258 de 2013”<sup>7</sup>.*

<sup>5</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>6</sup> “El aparte final del inciso tercero del Artículo 36, objeto de impugnación, en el que sí se consagra una discriminación, que la Corte encuentra irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el Artículo 13 del Estatuto Superior.”

<sup>7</sup> En el Auto 144 de 2012, por medio del cual se declaró la nulidad de la Sentencia T-022 de 2010, el magistrado Mauricio González Cuervo salvo su voto al considerar que no existía hasta ese momento un pronunciamiento de constitucionalidad expreso sobre la interpretación del monto pensional y, que la jurisprudencia de las Salas de Revisión no había sido uniforme en lo que respecta a la interpretación de los incisos 2 y 3 del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 -referentes al monto-. De esta manera, señaló que la sentencia declarada nula, acogió válidamente una de las tesis trazadas por la jurisprudencia; lo cual, no la vicia de nulidad en tanto que al no existir un pronunciamiento específico por parte de la Sala Plena, le era posible escoger alguna de las posturas abordadas en sede de revisión respecto de cada caso en concreto”.

<sup>8</sup> M.P. Mauricio González Cuervo

## NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**3.2.2.2.** Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013<sup>9</sup> se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

**3.2.2.3.** En este sentido, en la Sentencia T-078 de 2014<sup>10</sup> se denegó el amparo al debido proceso invocado por un ciudadano, quien alegaba dicha vulneración, aduciendo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Caprecom habían desconocido el régimen especial que lo cobijaba porque su pensión se liquidó con base en el promedio de lo devengado en los diez últimos años y no en el último año como lo establecía la normativa derogada a la cual se encontraba sujeto para efectos del reconocimiento de su prestación económica.

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013<sup>11</sup> estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

Por eso, concluyó, existe un precedente a seguir en la materia, en particular cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial que invoca el actor y el alcance que la Corte le otorgó al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 en el sentido de que el IBL no forma parte de este.

En consecuencia, indicó, no se configuró el defecto sustantivo alegado porque la decisión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es contraria a la interpretación fijada por la Corte Constitucional sobre el punto en discusión.

**3.2.2.4.** Contra el anterior fallo, el ciudadano presentó solicitud de nulidad por considerar que la Sala de Revisión no aplicó la jurisprudencia en vigor sobre el alcance del artículo 36 de la ley 100 y, con ello, desconoció el principio de integralidad del régimen especial.

Frente a la anterior petición, la **Sala Plena de la Corte Constitucional**, señaló que, en efecto, la interpretación fijada por la Corte sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición “constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna”<sup>12</sup>.

Agregó que la interpretación que realizó la Sala Segunda de Revisión de Tutelas sobre el alcance de los incisos segundo y tercero del artículo 36 al que se viene haciendo referencia se enmarca en el seguimiento -en estricto rigor- de la interpretación fijada por la Corte en Sentencia C-258 de 2013<sup>13</sup>.

De este modo, puede concluirse que aunque existía una línea jurisprudencial reiterada por las distintas Salas de Revisión de Tutelas en el sentido de que debía aplicarse el principio de integralidad del régimen especial que incluía el IBL, también lo es que no existía un pronunciamiento en sede de control abstracto de constitucionalidad que definiera la interpretación de esta disposición.

En este punto, cabe anotar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los pronunciamientos de la Corte, en particular, los que se emiten en sede de control abstracto, son obligatorios en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional y que basta tan solo una sentencia para que exista un precedente a seguir.

Ahondando en lo anterior, una de las formas de desconocer el precedente constitucional se da cuando “se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad,

<sup>9</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>10</sup> M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>11</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>12</sup> Auto 326 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>13</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

## NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior.”<sup>14</sup>*

*Como lo ha expuesto esta Corporación, la jurisprudencia en vigor entendida como el precedente constitucional establecido de forma permanente para resolver problemas jurídicos con identidad fáctica no obsta para que la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de su facultad interpretativa la modifique. Además, constituye un precedente obligatorio para las Salas de Revisión, quienes no tienen la facultad de variarlo en la aplicación concreta de los asuntos sometidos a su consideración.<sup>1516</sup> (...)”.*

Y, concluye la Corte Constitucional, respecto del asunto objeto de estudio, que:

*“3.3.1. Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que **el IBL no es un elemento del régimen de transición.***

*3.3.2. En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquellos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, **el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.** (...)”.* (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Por su parte el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, fijó las reglas jurisprudenciales sobre el IBL en el régimen de transición<sup>17</sup>, y dijo:

*“ 90. En el caso de la Ley 100 de 1993, el legislador quiso conciliar la finalidad que motivó la reforma, con la protección frente al impacto que el tránsito legislativo iba a generar, estableciendo un régimen de transición especial para el grupo de personas a las que ya se ha hecho referencia; régimen distinto tanto del anterior como del nuevo, con unas reglas que conservaban los requisitos del régimen anterior, pero con un elemento particular, concretamente, el periodo que se iría a tener en cuenta para fijar el monto de la mesada pensional; periodo que no es otro que el previsto en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993<sup>18</sup>, así:*

- *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.*

*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.”*

<sup>14</sup> T-1092 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-656 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>15</sup> Auto 022 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>16</sup> Artículo 34 del Decreto 2591 de 1991: “Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte”.

<sup>17</sup> Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala Plena, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.

<sup>18</sup> Aplicable en virtud del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone que 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.

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sin embargo, en la sentencia de unificación antes mencionada señaló que el ingreso base de liquidación del inciso tercero del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 aplica para las personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones establecido en la Ley 33 de 1985, razón por la cual no le resultan aplicables dichas consideraciones para efectos de determinar el IBL al demandante como lo afirma la entidad demandada.

En ese orden, debe señalarse que el Artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el Artículo 1º de la Ley 62 de 1985, dispuso que los empleados oficiales afiliados a cualquier caja de previsión debían pagar los aportes, cuya base de liquidación estaría constituida por los factores enunciados, cuando se tratara de empleados del orden nacional. Y agregó que las pensiones de los empleados sin importar el orden se liquidarían siempre sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, por tanto la base de liquidación estaría constituida por los siguientes factores: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, prima técnica, prima ascensional, prima de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Igualmente, en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018<sup>19</sup>, el Consejo de Estado señaló que 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.**

#### 3.2.2. Caso concreto

De acuerdo con el material probatorio debidamente decretado y allegado al expediente, y conforme con el marco normativo y jurisprudencial antes señalado, el despacho encuentra acreditados los siguientes hechos:

- El demandante nació el 9 de marzo de 1941 (fl. 49 y 50).
- Mediante Resolución No. 007289 de 2004, el Instituto de Seguro Social le reconoció la pensión de vejez al demandante a partir del 1º de abril de 2004, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 en aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y el cálculo de la pensión se basó en 878 semanas cotizadas (fl. 9).
- A través de la Resolución No. SUB 20146 del 27 de marzo de 2017, se reliquidó la pensión de la demandante a partir del 11 de enero de 2014 por acreditar 899 semanas de cotización, aplicó una tasa de reemplazo del 66% y el ingreso base de liquidación se efectuó de conformidad con la Ley 100 de 1993 (fl. 10 a 13).
- Mediante Resolución No. SUB 121557 del 10 de julio de 2017, Colpensiones resolvió modificar el acto administrativo antes mencionado y reliquidar nuevamente la pensión de vejez del demandante (fl. 15 a 19).
- En virtud del recurso de apelación interpuesto, Colpensiones mediante Resolución No. DIR 11931 del 28 de julio de 2017 resolvió confirmar el acto administrativo antes mencionado, y señaló que el demandante no acreditó el tiempo cotizado y cuenta sólo con 899 semanas cotizadas y reiteró que para obtener el ingreso base de liquidación se promediaron los salarios devengados durante los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad (fl. 21 a 24).
- Se allegó al proceso el expediente administrativo del demandante en medio magnético (fl. 122).

Ahora bien, al sumar los días acreditados en la Resolución No. SUB 20146 del 27 de marzo de 2017, sobre el cual no hay discordia entre las partes, da un total de 7419 días que corresponden a 1059 semanas, lo que permite evidenciar que el demandante acredita los 20 años de servicios

<sup>19</sup> Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala Plena, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.

Expediente: 11001-3342-051-2018-00166-00  
Demandante: JOSÉ ALEJANDRO ROJAS MOGOLLÓN  
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

#### **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

necesarios para que su pensión sea liquidada conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1989, razón por la cual debe aplicarse la tasa de reemplazo del 75% como lo determina dicha norma y no con el 66% como lo efectuó la entidad demandada.

En ese sentido, se ordenará a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES **que reliquide la pensión del demandante de conformidad con el Artículo 7° de la Ley 71 de 1988, en cuantía del 75% del promedio de los factores sobre los cuales efectuó aportes durante el año anterior al retiro del servicio, efectiva a partir del 1° de abril de 2004 (fecha en que le fue reconocida la pensión fl.9).**

#### **4. De la prescripción**

En atención a que las pretensiones de la demanda están referidas a una prestación periódica, de tracto sucesivo y vitalicia, como es la liquidación pensional, el fenómeno jurídico de la prescripción opera en relación con las diferencias de las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los tres años siguientes a su causación, el cual puede interrumpirse con la reclamación, **pero únicamente por el mismo término**, tal como lo prevén los Artículos 41<sup>2o</sup> del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Se observa que en este caso operó el fenómeno prescriptivo trienal de las mesadas, en razón a que al demandante le fue reconocido su derecho pensional mediante Resolución No. 007289 de 2004 (fl. 9), mientras que la solicitud de reajuste pensional fue presentada el 11 de enero de 2017 (fl. 10) y la demanda fue presentada el 17 de abril de 2018 (fl. 69), es decir que, aunque se interrumpió el término de prescripción, la reclamación se presentó ampliamente superado el término de los 3 años de que trata la norma en cita, razón por la cual se declaran prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 11 de enero de 2014.

#### **5. COSTAS**

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2° del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLARAR** probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 11 de enero de 2014, conforme a las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO.- DECLARAR** la **NULIDAD parcial** de las Resoluciones Nos. No. SUB 20146 del 27 de marzo de 2017, SUB 121557 del 10 de julio de 2017 y DIR 11931 del 28 de julio de 2017, por medio de las cuales la entidad demandada negó la reliquidación pensional al demandante, conforme a los lineamientos de la parte motiva.

**TERCERO.-** Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reliquidar la pensión de vejez del señor **JOSÉ ALEJANDRO ROJAS MOGOLLÓN**, identificado con C.C. No. 17.041.748, de conformidad con el Artículo 7° de la Ley 71 de 1988, en cuantía del 75% del promedio de los factores sobre los cuales efectuó aportes durante el año anterior al retiro del servicio, efectiva a partir del 1° de abril de 2004 (fecha en que le fue reconocida la pensión fl.9).

**CUARTO.- CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a pagar al señor **JOSÉ ALEJANDRO ROJAS MOGOLLÓN**, identificado con C.C. No. 17.041.748, las diferencias generadas entre lo efectivamente cancelado como mesadas y lo que debe pagarse por efecto de la reliquidación ordenada, a partir del 11 de enero de 2014 por prescripción trienal, conforme los lineamientos de la parte motiva.

<sup>2o</sup> ARTÍCULO 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.

Expediente: 11001-3342-051-2018-00166-00  
Demandante: JOSÉ ALEJANDRO ROJAS MOGOLLÓN  
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**QUINTO.- CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una.

**SEXTO.-** La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

**SÉPTIMO.-** No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

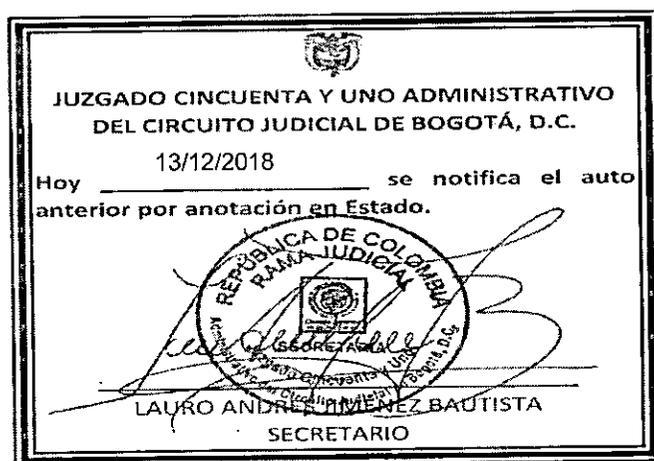
**OCTAVO.-** Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

**NOVENO.-** Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN**  
**Juez**

Lkgd





**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO**  
**DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**

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

Expediente: **11001-3342-051-2017-00462-00**  
Demandante: **JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO**  
Demandado: **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**SENTENCIA No. 397**

**I. ASUNTO A RESOLVER**

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por José Luis Rosero Riasco, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.116.581, contra el Hospital Militar Central.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. PRETENSIONES** (fls. 1 a 30):

El demandante solicitó la nulidad de la Resolución No. 603 del 20 de junio de 2017, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de jefe de Unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6 Grado 16 Unidad Informática.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) reintegrar al demandante al cargo de jefe de unidad de Seguridad y defensa Código 1-6 Grado 16 Unidad de Informática o a uno igual o de mayor jerarquía, sin solución de continuidad; ii) pagar los salarios, prestaciones sociales, seguridad social y demás factores salariales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta el momento en que sea efectivamente reintegrado; iii) pagar los perjuicios morales ocasionados; iv) dar cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en los Artículos 187, 192 y 195 del CPACA.; v) condenar en costas y gastos del proceso.

**2.2. HECHOS**

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, el apoderado del demandante adujo que éste se vinculó al Hospital Militar Central mediante contrato de prestación de servicios y posteriormente mediante Resolución No. 09 del 13 de enero de 2015 fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Profesional Defensa Código 3-1 Grado 16 de la Unidad de Informática por el término de seis meses.

Mediante Resolución No. 279 del 30 de abril de 2015, se realizó la designación por encargo del demandante como jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6 Grado 16 Unidad de Informática por tres meses ya que la persona nombrada en el cargo tomó vacaciones e iniciaría curso militar. En evaluación de competencias laborales se le otorgó una calificación del 85% en el perfil directivo y del 85.6% en perfil candidato.

Por Resolución No. 515 del 13 de julio de 2015, se prorrogó el nombramiento en provisionalidad en el cargo de profesional defensa Código 3-1 Grado 16 de la Unidad de Informática del 14 de julio de 2015 al 13 de enero de 2016 y mediante Resolución No. 650 del 10 de agosto de 2015 se prorrogó su encargo como jefe de Unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6 Grado 16 Unidad de Informática del 10 de agosto de 2015 al 10 de octubre de 2015.

Fue por medio de la Resolución No. 755 del 7 de septiembre de 2015 que el demandante fue retirado del empleo como Profesional de Defensa Código 3-1 Grado 16 en la Unidad de Informática, terminar el encargo designado y designarlo en el cargo de libre nombramiento y remoción como jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6, Grado 16 Unidad de

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

## **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Informática, con modalidad de trabajo de tiempo completo a partir del 7 de septiembre de 2015, cargo que tenía como requisitos título profesional en ciencias económicas, sociales, ingenierías y licenciaturas y experiencia de 48 meses, los cuales cumple el demandante.

Señaló que durante el tiempo en que ocupó el cargo de jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6, Grado 16 Unidad de Informática demostró ser un empleado honesto, eficaz, dedicado y responsable, siendo calificado de manera excelente en todos los ítems evaluados y por obtener una calificación superior al 90% le fue reconocida la prima técnica.

Indicó que mediante Resolución No. 603 del 20 de junio de 2017 fue declarado insubsistente su nombramiento, el cual fue comunicado el mismo día, decisión que a su juicio obedeció a inconformidades que planteó ante las directivas por cuanto en la Unidad de Informática se evidenciaba diferencias salariales entre ingenieros que cumplían las mismas funciones y solicitó nivelar sus salarios, entre otras solicitudes que fueron hechas con el fin de fortalecer la Unidad, que además contaba con poco personal para atender los proyectos y planes de la Unidad de Informática lo que constituye una persecución laboral, por lo que considera que su retiro no se dio para mejorar el servicio sino con el fin de evitar dilaciones e intromisiones en la toma de decisiones, así como evitar contrataciones de nuevo personal vulnerando sus derechos a ser una persona con estabilidad laboral reforzada, por lo que requería un trato especial.

### **2.3. NORMAS VIOLADAS**

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 13, 48, 49, 53 y 209.
- Artículos 5 y 41 de la Ley 909 de 2004.
- Artículo 44 del CPACA

### **2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

La apoderada del demandante argumentó como fundamentos de la demanda que pese a que el retiro de los cargos de libre nombramiento y remoción corresponde a la facultad discrecional del nominador, dicha facultad no es absoluta y resulta necesario efectuarlo con el fin de mejorar el servicio o por razones que tengan relación con el servicio prestado.

Adujo que por la condición de pre pensionado de funcionarios que se encuentran vinculados en cargos de carrera de manera provisional la Ley les otorga una especial protección entendida ésta como la estabilidad laboral siempre que les faltare menos de tres años para causar su derecho a la pensión de jubilación, situación que en virtud del principio de igualdad debe ser aplicada al presente asunto, ya que si bien el cargo del demandante es de libre nombramiento y remoción, su insubsistencia no obedeció a razones del servicio sino a circunstancias ajenas y por ello no existe razonabilidad entre el retiro del cargo y la discrecionalidad que faculta a la administración para declarar la insubsistencia, ya que ésta no puede ejercerse de manera arbitraria, para lo cual citó la sentencia del 29 de febrero de 2016 del Consejo de Estado.

En el caso del demandante, adujo que era un funcionario con buen desempeño y en su última calificación fue valorado como excelente por obtener un porcentaje superior al 90%, sin embargo, los constantes requerimientos que realizaba a los superiores para que se designara personal en la Unidad de Informática para mejorar la capacidad de la unidad iniciaron una serie de situaciones que constituyen una vulneración de sus derechos y que concluyeron en una suplantación de funciones y en acoso laboral por parte de sus superiores encaminados a que se retirara voluntariamente del cargo, lo que cual demuestra la existencia de otros móviles para la decisión de declararlo insubsistente y adicional a esto no se tuvo en cuenta la condición de pre pensionado.

Indicó que el acto administrativo demandado fue expedido con desviación de las atribuciones de quien lo profirió, por ejercicio arbitrario de la facultad discrecional que se traduce en una actuación ilegal y por tanto la desvinculación del demandante no se produjo con miras a garantizar la buena marcha y el mejoramiento del servicio lo que ha causado lesiones a sus derechos subjetivos.

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

## **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

En relación con su condición de pre pensionado, señaló que la estabilidad laboral reforzada no es sólo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse ante la existencia de un vínculo laboral de funcionarios nombrados tanto en propiedad como en provisionalidad y en los eventos en los que el solicitante desvinculado de su trabajo le faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas para adquirir el derecho pensional y en su caso cuenta con 1450 semanas cotizadas en el fondo de pensiones Porvenir y adicional a ello cumple la edad para acceder a la pensión el 22 de abril de 2020 y teniendo en cuenta que la declaratoria de insubsistencia se dio el 20 de junio de 2017 el término que le falta para acceder a su derecho pensional es de 2 años y 10 meses, por lo cual es esencial que permanezca en el cargo y por su edad es difícil acceder u optar por ocupar otro cargo en otra entidad pública o privada en iguales condiciones.

### **2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 291 a 303):**

Admitida la demanda mediante auto del 28 de noviembre de 2017 (fl. 275), y notificada en debida forma, conforme allí se dispuso (fls. 281 a 289), la entidad demandada presentó escrito de contestación, en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se refirió a todos y cada uno de los hechos que la fundamentan.

Sostuvo como fundamentos de su defensa que sus actuaciones estuvieron ajustadas a la Ley y no hubo violación a los preceptos legales y constitucionales al momento de emitir el acto demandado, ya que fue proferido por funcionario competente y bajo las facultades a él otorgadas.

Señaló que el demandante no tiene la garantía de estabilidad que alega ya que cuenta con 1405 semanas y cuenta con el capital suficiente para generar su pensión y además indicó que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que el fuero de pre pensionado no recae sobre los empleos catalogados de libre nombramiento y remoción.

### **2.6. AUDIENCIA INICIAL**

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 23 de mayo de 2018, como consta a folios 438 a 440 del expediente, y en desarrollo de la misma, una vez saneado el proceso, se fijó el litigio y se dispuso el decreto y práctica de pruebas.

### **2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Alegatos de la parte actora** (fls. 102 a 122 c. 2): La parte demandante presentó alegatos de conclusión en el que señaló que de conformidad con las pruebas aportadas y practicadas en el presente proceso pudo demostrarse que la declaratoria de insubsistencia del demandante no se efectuó con el objeto de mejorar el servicio sino a intereses particulares y subjetivos de la directora de la entidad.

En relación con la calidad de pre pensionado del demandante, reiteró los alcances de dicha condición a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, otorgándoles una estabilidad laboral reforzada.

**Alegatos de la entidad demandada** (fls. 100 a 101 c. 2): El apoderado del extremo pasivo presentó escrito de alegaciones finales en el que reiteró que no existen fundamentos de hecho ni de derecho para que prosperen las pretensiones de la demanda y no existe desviación de poder en el presente asunto por lo cual deben negarse las pretensiones de la demanda.

## **III. CONSIDERACIONES**

### **3.1. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO, debe ser reintegrado al cargo de jefe de Unidad, Código 1-6 Grado 16 de la Unidad de Informática o a un igual o de mayor jerarquía, del cual fue desvinculado por Resolución No.

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

603 del 20 de junio de 2017, y si tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir así como al pago de perjuicios morales.

#### **3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO**

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará en primera medida un recuento del material probatorio arrimado al plenario.

#### **Acervo probatorio**

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

1. Obra dentro del expediente copia de la Resolución No. 009 del 13 de enero de 2015 por medio de la cual se nombró al demandante en provisionalidad en el cargo de profesional defensa Código 3-1 Grado 16 (fl. 36 a 45 c. 1).
2. Por Resolución No. 279 del 30 de abril de 2015 fue encargado el demandante de las funciones de jefe de la unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6 Grado 16 por el término de tres meses, sin perjuicio de las funciones como profesional defensa Código 3-1 Grado 16 (fl. 46 a 48 c. 1).
3. Copia del informe correspondiente a la evaluación de competencias laborales como jefe de unidad de la Unidad de Seguridad y Defensa del 1º de julio de 2015 (fls. 49 a 53 c. 1).
4. Copia de la Resolución No. 575 del 13 de julio de 2015 por medio de la cual se prorrogó el nombramiento del demandante por el término de seis meses en el cargo de profesional defensa Código 3-1 Grado 16 (fl. 54 a 60 c. 1).
5. Resolución No. 650 del 10 de agosto de 2015, por medio de la cual se encargó al demandante de las funciones de jefe de la unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6 Grado 16 por el término de dos meses, sin perjuicio de las funciones como profesional defensa Código 3-1 Grado 16 (fl. 61 a 63 c. 1).
6. Certificación del jefe de seguridad y defensa de la Unidad de Talento Humano, en la cual se señala que el demandante cumple con los requisitos mínimos para ser nombrado en el cargo de Jefe de Unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6 Grado 16 de la planta del Hospital Militar Central y certificación donde consta que dicho cargo se encuentra vacante (fl. 64 a c. 1).
7. Oficio de fecha 2 de septiembre de 2015 suscrito por el demandante, por medio del cual informa al director general del Hospital Militar Central su retiro del cargo de profesional defensa Código 3-1 Grado 16 a partir de la fecha por pasar a otro empleo de la misma entidad, de libre nombramiento y remoción (fl. 66).
8. Por Resolución No. 755 del 7 de septiembre de 2015, se retiró del empleo al demandante como profesional defensa Código 3-1 Grado 16, se terminó el encargo realizado mediante resolución No. 650 del 10 de agosto de 2015 y se nombró en el empleo de libre nombramiento y remoción como jefe de Unidad de Seguridad y defensa Código 1-6 Grado 16, a partir del 7 de septiembre de 2015 (fl. 67 a 69), del cual tomó posesión el 8 de septiembre de 2015 (fl. 70).
9. Consta formulario de calificación de servicios del demandante del 10 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015 (fl. 73 a 77 c. 1) y copia de la Resolución No. 0019 del 14 de enero de 2016, por medio de la cual le fue asignada la prima técnica al demandante (fl. 79 a 80 c. 1).
10. Obra en el expediente Oficio No. 12339 del 11 de mayo de 2017, por medio del cual el demandante como jefe de Unidad de Informática eleva solicitud al Subdirector Administrativo de la entidad demandada para la contratación del ingeniero Javier fajardo para soportar actividades de infraestructura y comunicaciones INCO (fl. 88 a 99 c. 1).

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

11. Correo electrónico por medio del cual se solicita renuncia protocolaria, entre otras personas al demandante (fl. 100 c. 1).

12. Oficio No. 13294 del 25 de mayo de 2017, por medio del cual el demandante presenta su renuncia al cargo de jefe de la Unidad de Informática (fl. 101 c. 1).

13. Oficio No. 13521 DIGE-SUAD-UNIN del 30 de mayo de 2017, por medio del cual el demandante presenta al Subdirector Administrativo de la entidad demandada solicitud formal de las decisiones que se han tomado con respecto al cargo que desempeña como jefe de la Unidad Informática (fl. 102 a c. 1).

14. Correo electrónico, por medio del cual la Brigadier General Clara Esperanza Galvis Díaz, directora general por medio del cual da alcance al correo No. 317 OCIN-ACIJO2-2017 (fl. 103 c. 1).

15. Oficio No. 13970 DIGE-SUAD-UNIN del 2 de junio de 2017 por medio del cual el demandante efectúa entrega de documentos y aclaraciones a la Teniente Coronel Ariadna Ramírez Ospina (fl. 104 c. 1).

16. Resolución No. 603 del 20 de junio de 2017, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa, Código 1-6 Grado 16 (fl. 117 c. 1).

17. Copia del Manual Específico de Funciones y Competencias del empleo con denominación Jefe de Unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6 Grado 16 de nivel directivo del Hospital Militar Central (fl. 119 a 125 c. 1).

18. Certificación expedida por el jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa de la Unidad de Talento Humano referente a información laboral del demandante (fl. 128 c. 1).

19. Resolución No. 889 del 24 de agosto de 2017, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de un auxilio de cesantías y prestaciones sociales definitivas al demandante (fl. 130 a 133 c. 1).

20. Reporte de semanas cotizadas para pensión del fondo de pensiones Porvenir del demandante (fl. 137 a 143 c. 1).

21. Registro de Matrimonio y Registro Civil de Nacimientos, recibo de pago de la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, consulta de renovación de crédito del Icetex, factura de plan de atención complementaria de Famisanar, extractos de entidades bancarias (fl. 144 a 158 c. 1).

22. Acta de reunión extraordinaria del Comité de Seguridad de la Información del Grupo de Gestión de Calidad Integral de la entidad demandada con el fin de analizar y evaluar aspectos de la información diligenciada en el formato de inventario de activos de la información correspondiente al año 2017 (fl. 162 a 164 c. 1).

23. Acta de entrega de actividades de fecha abril 29 de 2015 y del 3 de junio de 2015, por parte de la Mayor Ariadna Ramírez Ospina al demandante (fl. 165 a 181 c. 1).

24. Resolución No. 1217 del 27 de octubre de 2017, por medio de la cual se da cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado 48 Administrativo del Circuito de Bogotá y se ordenó el reintegro del demandante en el empleo de libre nombramiento y remoción como jefe de Unidad de Seguridad y Defensa – Unidad Financiera Código 1-6 Grado 16 hasta tanto cumpla

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

con los requisitos para acceder a la pensión de vejez o sea desvinculado por causa justificada relacionada con su desempeño (fl. 182 a 184 c. 1).

25. Copia del fallo de tutela del 23 de octubre de 2017 proferido por el Juzgado 48 Administrativo del Circuito de Bogotá, por medio del cual se amparó de manera transitoria los derechos a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y móvil, vida digna y seguridad social del señor José Luis Rosero Riasco y se ordenó el reintegro en el cargo que venía desempeñando o en uno de similar nivel jerárquico, hasta tanto cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de vejez o sea desvinculado por causa justificada relacionada con su desempeño, la impugnación al fallo antes mencionado y el escrito de tutela (fl. 185 a 227 c. 1). Igualmente consta fallo de segunda instancia del 23 de noviembre de 2017, por medio del cual la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó el fallo de primera instancia de la tutela antes mencionada (fl. 379 a 385 c. 1).

26. Copia del plan de choque para fortalecer la seguridad de la información, la disponibilidad del sistema y mejorar la calidad de los servicios del TI de diciembre de 2016 (fl. 237 a 255 c. 1).

27. Relación de funcionarios de la Unidad de Informática – 2017 (fl. 256 c. 1).

28. Hoja de vida del demandante (fl. 272 A c. 1) y extracto de la hoja de vida del demandante en el Hospital Militar Central (fl. 312 a 316 c. 1).

29. Resolución No. 1403 del 30 de noviembre de 2017, por medio del cual se retiró del servicio al demandante como consecuencia de la revocatoria del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 48 Administrativo del Circuito de Bogotá (fl. 386 c. 1).

30. Resolución No. 917 del 14 de octubre de 2014, por el cual se adopta el Manual Especifico de funciones y Competencias para los empleos de los funcionarios públicos civiles y no uniformados del Hospital Militar Central (fl. 394 a 397 c. 1) y la Resolución No. 664 del 12 de agosto de 2015 por medio de la cual se modifica el Manual Especifico de Funciones y Competencias para el personal civil y no uniformado de la planta de personal del Hospital Militar Central (fl. 398 a 402 c. 1).

31. Hoja de vida y anexos de la señora Teniente Coronel Ariadna Ramírez Ospina (fl. 403 a 419 c. 1).

32. Oficio sin fecha recibido el 26 de julio de 2018, por medio del cual la jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Sector Defensa relacionado con información de la TC. Ariadna Ramírez Ospina dentro de los cuales se encuentra el plan de traslado del primer trimestre de 2017 del Ministerio de Defensa Nacional y en el caso de la TC Ariadna Ramírez fue trasladada al Hospital Militar y por su cargo la fecha de presentación en dicha entidad era del 19 al 23 de junio de 2017 (fl. 56 a 80 c. 2).

33. Oficio del 27 de septiembre de 2018, por medio del cual el coordinador de atención integral a clientes de Porvenir reitera que el demandante no se encuentra pensionado con dicho fondo y anexa su estado de cuenta (fl. 88 a 95 c. 2).

34. Oficio sin fecha suscrito por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Sector Defensa, por medio del cual se allega en medio magnético el acto administrativo de vinculación de la TC. Ariadna Ramírez (Resolución No. 860 del 15 de agosto de 2016), contrato de prestación de servicios del ingeniero Fabio Alvarado, entre otros. (fl. 491 y 493 cd C. 1).

35. Consta el Oficio No. 22566 del 5 de agosto de 2016, por medio del cual el demandante solicitó a la Dirección General del Hospital la re-categorización de colaboradores de la Unidad Informática (fl. 492 c. 1).

36. Oficio No. 36683 del 13 de diciembre de 2016, por medio del cual el demandante solicitó al subdirector administrativo del Hospital Militar Central estudiar la viabilidad de atender requerimientos de recursos humanos para asegurar el cumplimiento de las funciones de TI (fl. 44 a 45 C. 2).

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

37. En desarrollo de la audiencia de pruebas que se llevó a cabo el 31 de mayo de 2018 (fl. 468 a 470 c. 1), el apoderado de la parte demandada desistió del testimonio de la señora Clara Galvis y se escuchó la declaración de los siguientes testigos:

- **Testigo Yuli Milena Villarraga:** Manifestó que es analista de la unidad de compras del Hospital Militar Central desde el año 2012 a través de contratos de prestación de servicios y directamente con la entidad desde enero de 2018. Señaló que sabe que el ingeniero Rosero era el jefe de la Unidad de Informática pero no conoce los motivos por los cuales se retiró de la entidad. Respondió que conoce a la Coronel Ariadna Ramírez porque actualmente es la jefe de la Unidad de Informática pero no recuerda la fecha en que retomó el cargo y tampoco sabe desde que fecha dejó de prestar sus servicios el demandante. Indicó que no sabe qué actividades desempeñó la Coronel Ariadna Ramírez entre los meses de mayo y junio de 2017. La testigo afirmó que no es abogada y sólo manejaba la recolección de firmas pero que no hacía parte de los comités de la entidad. En el caso del proceso de selección abreviada de menor cuantía No. 28 de 2017 señaló que por el volumen de procesos no puede decir nada. Indicó que no sabe cómo era el desempeño del demandante. El apoderado de la entidad no tuvo preguntas para la testigo. A la pregunta del despacho respondió que no sabe de alguna persecución laboral contra el demandante.
- **Testigo Miguel Ángel Obando:** Informó al despacho que es administrador de empresas y empleado en el Hospital Militar Central hace 22 años y 4 meses. Señaló que no sabe las circunstancias del retiro del demandante, tampoco cómo fueron sus evaluaciones de desempeño y lo conoció porque tenía contacto con él de tipo laboral al ser el encargado en el área de informática y él (testigo) en el área de contratos y debe llevar el control de todos los procesos de contratación de todas las dependencias. Indicó que no sabe cómo era su relación con sus compañeros de trabajo, sólo le daba el saludo. Respondió que no recuerda en qué estado exactamente se encontraba el proyecto SGSI como modelo de seguridad de la información ya que no tiene acceso a la información y los antecedentes están en las carpetas maestras de los contratos. Indicó que su área no tiene facultades para solicitar desistimientos sino para aclarar aspectos técnicos de cada uno de los procesos, en el sentido de saber si se van a llevar a cabo o no. Se le puso de presente el fl. 112 del expediente sobre el cual indicó que lo reconoce y reiteró que es uno de los proyectos que hacen parte del proyecto de seguridad informática y esa solicitud fue por haber sido enviadas las características técnicas o no se habían consolidado los estudios previos y no sabe en qué estado estaba el proyecto al momento de la desvinculación del demandante. Señaló que los proyectos son de recursos de la Nación y están justificados ante el Ministerio. Aclaró en la audiencia que cada proceso cuenta con un comité estructurado en una parte técnica, económica y jurídica y toda coordinación se hacía con el abogado del proceso que lo llevara. Respondió que en los estudios previos se determina quien gerencia el proyecto, quien es la parte estructuradora técnica, quien la parte estructuradora económica y quien la jurídica para el evento de algún tipo de responsabilidad sea esa la persona a responder. Respondió que no sabe si Fabio Alvarado o la señora Ariadna Ramírez intervinieron en algún proceso entre mayo y junio de 2017. El apoderado de la entidad demandada no tuvo preguntas para el testigo.

38. La audiencia de pruebas se continuó el 6 de julio de 2018 (fl. 48 a 50 c. 2), y en desarrollo de la misma se escuchó la declaración de los siguientes testigos:

- **Testigo Luis Arévalo:** Señaló que es abogado y trabajó como funcionario de planta en el Hospital Militar Central en cargo de libre nombramiento y remoción en la Oficina Jurídica hasta junio de 2017 y estuvo encargado de la Unidad de Compras. Indicó que esa época se produjo un cambio de administración y en la misma época conoció al demandante. Señaló que el Comité de Adquisiciones es un órgano colegiado creado en el Hospital Militar Central y tiene la función de verificar los pliegos de condiciones de cada proceso de contratación, efectuar recomendaciones, las publicaciones, entre otros y lo integraban los subdirectores que son los representantes de cada área. Indicó que los jefes de unidad lo que hacían era gerenciar el proyecto de selección el cual abarcada

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

varios procesos y participaban en los comités pero no tenían voto en el mismo. Señaló que sabe que la señora Ariadna Ramírez fue la jefe de informática y fue trasladada. Señaló que el cambio de administración fue en 2017 y el proceso de empalme duró entre 3 y 4 meses y en ese momento se dispuso una serie de personas para la toma de decisiones cuando la comenzó la nueva dirección general y fue cuando comenzaron a participar de los comités. Respondió que quien gerenciaba el proyecto invitaba a personas que lo apoyaran, pero también los subdirectores podían solicitar acompañamiento de quienes consideraban, pero no sabe cómo tal quien lo autorizó. Señaló que casi simultáneo con la presentación de las renunciaciones la señora Ariadna Ramírez llegó al área de informática. Se le puso de presente al testigo los folios 112 y 161 del expediente y sobre los mismos señaló que ese periodo fue bastante convulsionado y se dieron cambios en todas las áreas, ya que el director general en uso de sus facultades podía enviar órdenes y no sabe si en esa época debido a la cantidad de proyectos el Ingeniero Obando contaba con esa facultad. Señaló que la entidad le apostó a los proyectos de seguridad informática debido a los frecuentes ataques cibernéticos y no sabe si el proyecto se desistió o se ejecutó ya que estaba haciendo entrega del cargo. En la época de empalme afirmó que hubo muchos proyectos que no tenían las mismas cabezas y quienes empezaron a intervenir fueron los allegados a la nueva directora. Señaló que en el caso del Ingeniero Rosero se dio la renuncia y cuando llegó la nueva directora se anunció en la Unidad la llegada de la señora Ariadna Ramírez quien comenzó a liderar todos los proyectos de inversión de la red de tecnología. A las preguntas del apoderado de la entidad demandada respondió que como en octubre de 2014 recibió el cargo el Ingeniero Rosero y no sabe con precisión el perfil de la señora Ariadna Ramírez, no conoce los detalles de su salida pero parece que fue por cáncer. Indicó que para la época en que estuvo encargado de la Subdirección administrativa en 2016, la señora Ramírez no estaba en el Hospital y ella regresó en el año 2017 y cuando llegó no tenía un cargo como tal, estaba en trámites internos, no sabe si era en comisión pero fue asignada para trabajar en el área de informática y revisara todos los proyectos de inversión y asesorara a la directora entrante en los temas de inversión, de tecnología e informática. Aclaró que la nueva directora Clara Galvis fungía como subdirectora médica de la entidad y pasó a ser directora general.

- **Testigo Raúl Medina:** Informó al despacho que es profesional en ciencias militares y es el subdirector administrativo del Hospital Militar Central desde el 1° de octubre de 2016. Señaló que el demandante era el jefe de la Unidad de Sistemas del Hospital y no recuerda la fecha de entrega del cargo, ya que por cambios en la Dirección General se removieron algunos cargos. Indicó que no recuerda con exactitud el resultado de la evaluación de desempeño del demandante en el año 2016 pero que seguramente si lo evaluó y fue bien evaluado, pero por dicha evaluación no recuerda si tuvo alguna prestación económica adicional pero sabe que hay una prima técnica que si está contemplada. Señaló que la entidad cuenta con un cuadro de honor pero el mismo se maneja para reconocimiento de un área o equipo de trabajo pero no de una persona específica y no recuerda si hubo reconocimientos al área de sistemas. Señaló que el Hospital tuvo una transición por cambio de dirección y asume que la nueva dirección hizo los cambios que consideró pertinentes, más sabiendo que son puestos de libre nombramiento y remoción. Respondió que seguramente el área presentó algún plan de choque pero que él maneja cuatro unidades del Hospital por lo que no recuerda exactamente. Indicó que el Hospital maneja 2742 funcionarios y hay necesidades en diferentes áreas, y si el demandante presentó alguna solicitud de tener más personal en su área seguro así debe estar plasmado, ya que las necesidades se presentan y se trata de hacerlo pero todo debe ir acorde con el presupuesto que se tenga para ello y sobre la Unidad de Sistemas señaló que ha recibido personal suficiente para manejar lo que conlleva a dicha área. Se le puso de presente el folio. 118 del expediente relacionado con el Oficio No. 15426 y señaló que en dicho oficio informan de un problema técnico y mantener el contrato de una persona pero el testigo respondió que en ese momento no era viable mantenerle el contrato ya que estaba contratado otra persona que también conocía el sistema y actualmente hace parte de los ingenieros del área de sistemas, no recuerda si para la fecha se trataba del ingeniero Fabio. En cuanto al folio 115 del expediente que se le puso de presente respondió que no sabe quién solucionó el problema técnico. Señaló que el Hospital Militar Central está sujeto a la viabilidad

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

presupuestal y sin presupuesto no pueden actuar. Informó que la entidad cuenta con dos ordenadores del gasto que son la Dirección General y la Subdirección Administrativa y por ello hace parte de los comités. No le consta si entre mayo a junio de 2017 la señora Ramírez o el ingeniero Fabio participaban en dichos comités pero en el caso de la señora Ramírez llegó como apoyo y asesora trasladada desde el Comando del Ejército para la nueva dirección que entraba en ese momento como parte del empalme en el área de sistemas porque ya conocía dicha área al haber sido jefe de esa unidad. Se le puso de presente los folios 112 y 161 del expediente sobre los cuales informó que dichos correos no van enviados a él y no recuerda debido al volumen de procesos que maneja, no tiene claro si se dejó de realizar el proceso o se reestructuró y en todo caso el comité es el que decide dependiendo las circunstancias que se puedan presentar desde el punto de vista contractual y en caso que deba hacerse una recomendación se puede hacer. En cuanto al Oficio No. 13970 visible a folio 104 del expediente señaló que no tiene presente si se le copió a él dicho oficio. En cuanto al escrito visible a folio 111 del expediente respondió que el correo no va dirigido a él sino al señor Arévalo y él debió dar respuesta. No recuerda que el demandante se haya acercado a su oficina a que le aclarar las funciones de la señora Ariadna Ramírez y si como jefe inmediato de él lo llamó para decirle que no iba a continuar seguramente lo hizo. A las preguntas del apoderado de la entidad respondió que las situaciones administrativas de los militares cambian y para ascender deben hacer cursos de ascenso y a la señora Ramírez le correspondió hacer curso en la Escuela Superior de Guerra, lo terminó y se vio imposibilitada de volver por un tema médica que le corresponde a ella explicar y al finalizar volvió al Hospital.

- **Testigo Ariadna Ramírez:** Señaló que es oficial del Ejército y desde el 15 de agosto de 2017 se desempeña como jefe de la Unidad de Informática del Hospital Militar Central. Señaló que tiene el cargo de jefe y sus funciones están determinadas en el Manual de Funciones del cargo. Señaló que llegó al Hospital trasladada en el año 2013 hasta el 15 de junio de 2015 trasladada por la fuerza en apoyo al Hospital Militar Central, en el año 2015 se presentó en la Escuela Superior de Guerra para curso de ascenso de Mayor a Teniente Coronel y al finalizar el año fue asignada a otra unidad por empezar un tema médico delicado el cual culminó y estuvo en otra unidad hasta el 23 de junio de 2017 y se posesionó el 15 de agosto de 2017 como jefe de la Unidad de Informática. Señaló que en el ejército se efectúa un plan de traslados y hay unas órdenes administrativas permanentes donde sale la relación de personal y las fechas de novedad fiscal aparecen en la última hoja y con ese documento llegó al Hospital con fecha 23 de junio de 2017. Explicó que debido a esa orden de traslado el personal militar se presenta y por medio de una orden semanal que es un documento interno militar se llega y le asignan una unidad o unas funciones, no conoce la resolución de encargo que haya expedido directamente el Hospital. Se le puso de presente el folio 162 del expediente referente a un acta de reunión del 1º de junio de 2017 del comité de seguridad sobre el cual señaló que participó en el mismo por orden de la General Galvis, por una solicitud expresa de ella para revisar un tema de política de seguridad de la información y manejo de activos de la información debido que tenía unos ítems inconclusos y ya el Hospital estaba incurriendo en incumplimiento de las normas y llegó a la reunión como asesora técnica del área militar en ese momento ya que los militares pueden solicitar apoyo de personal especializado de las diferentes fuerzas para asesorar en temas específicos a las entidades. No recuerda haber participado en comités de adquisiciones y apareció como asesora pero no en representación de la Unidad de Informática. Se le puso de presente el folio 110 del expediente referente a un correo electrónico de fecha 6 de junio de 2017 sobre el cual señaló que asistió como asesora a una reunión de entrega de elementos, a ella le copian dicho correo pero no se le indica que deba tomar alguna decisión fue meramente informativo. Señaló que cuando llegó en el año 2017 el Ingeniero Fabio no estaba el Unidad de Informática, el ingresó a través de contrato de prestación de servicios como especialista en seguridad informática y asesora procesos del mismo. Reiteró que antes de su posesión solo asesoraba a la nueva directora del Hospital. A la pregunta del apoderado de la entidad señaló que cuenta con más de 20 años de experiencia en el área de informática e hizo una relación de tallada de su experiencia antes de ingresar al ejército y con posterioridad.

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

## NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

### De los cargos de libre nombramiento y remoción.

De conformidad con el Artículo 125 constitucional, el régimen de carrera ha de ser la regla general para la provisión de los empleos del Estado y prevé que el ingreso a los cargos de carrera debe tener lugar previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones para la determinación de los méritos de los aspirantes. Dice la norma:

*“Artículo 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.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

*PARAGRAFO: Adicionado acto legislativo No. 01 de julio 3 de 2003, artículo 6. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”*

En desarrollo del anterior mandato Constitucional, la Ley 909 de 2004, derogatoria de la Ley 443 de 1998, “por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa”, definió las formas de vinculación legal y reglamentaria a la administración pública, así:

*“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.*

*Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.*

*Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.” – Se subraya -*

El párrafo 2º y el literal a) del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

- a) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*  
(...)

*PARÁGRAFO 20. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. [...].”*

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Igualmente, en cuanto al retiro de funcionarios que no pertenezcan a carrera, como es el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción, el Decreto 2400 de 1968 en su Artículo 25 estableció la declaratoria de insubsistencia como causal de retiro y en su Artículo 26 señaló:

*“ARTÍCULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. (...)”* Subraya fuera de texto

De acuerdo con las normas antes mencionadas, debe decir el despacho que los actos administrativos de remoción de personal gozan de una doble prerrogativa, así: (i) la presunción de legalidad, esto es, de que se ajustan a las normas en que debieron fundarse, y (ii) la presunción de haber sido expedidos por motivos del buen servicio público. De tal manera, corresponde al actor desvirtuar alguna de dichas presunciones si pretende atacar la validez de tales actos. Para ello, en aplicación del Artículo 167 del Código General del Proceso, le corresponde al actor la carga probatoria encaminada al referido fin.

En segundo lugar, resulta necesario señalar que las condiciones de los empleados de libre nombramiento y remoción y los empleados de carrera son bien distintas, por lo que no es posible aplicar las reglas de ingreso, permanencia y desvinculación que cobijan a los segundos, a aquellos que no han sido vinculados al servicio con vocación de permanencia y que por tanto no están amparados por fuero alguno de estabilidad en sus empleos.

Ahora, los cargos de libre nombramiento y remoción implican una discrecionalidad del nominador, ya que éste decide, con base en consideraciones *intuitu personae*<sup>1</sup>, a quién le confía el desarrollo de ciertas labores públicas y hasta cuándo. El retiro de dichos cargos es igualmente discrecional, en tanto depende de la confianza que el funcionario inspira en su nominador<sup>2</sup>, aspecto que no es posible medir de manera objetiva, sino que depende de un aspecto subjetivo a evaluar en cada caso concreto, el cual en todo caso debe estar íntimamente ligado con los criterios del buen servicio.

De tal manera, el concepto de discrecionalidad administrativa debe entenderse como el poder en virtud del cual el Estado a través de sus funcionarios puede decidir libremente sobre la determinación a adoptar frente a una situación administrativa concreta que le plantea dos o más opciones el cual no escapa al concepto de legalidad, y en tal sentido en ningún caso la discrecionalidad puede equipararse a la arbitrariedad, pues ninguna decisión administrativa puede ser ajena al acatamiento del ordenamiento jurídico.

En todo caso, el poder público debe encaminarse al cumplimiento de los fines del Estado y a la eficiencia de la función pública como principio rector de la misma de acuerdo con el Artículo 209 de la Constitución Política, de donde surge la teoría de la desviación de poder, entendida como la actuación estatal orientada a fines diversos a los constitucionalmente previstos para el ejercicio de las prerrogativas públicas.

Bajo las anteriores premisas, queda establecido: (i) que frente los funcionarios de libre nombramiento y remoción las autoridades cuentan con una potestad discrecional para su ingreso y retiro del servicio, (ii) que no están amparados por fuero de estabilidad en sus empleos y (iii) que aun siendo así, su retiro, como todo acto administrativo, debe estar encaminado en razones del buen servicio, siendo así siempre que mediante éste se busque un fin diferente al referido, se incurre en desvío de poder, pero en todo caso, le corresponde a quien la alega la carga probatoria de su demostración.

Acerca de las manifestaciones de la desviación de poder el Consejo de Estado ha considerado dos grupos de clasificación: i) que el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia C – 514 de 16 de noviembre de 1994, magistrado ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A”, Sentencia del 20 de septiembre de 2018 CP. Gabriel Valbuena Hernández. Expediente: 2012-00913-01.

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

funcionario- y ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra<sup>3</sup>, circunstancias que en todo caso debe ser probado por quien lo alega.

#### Caso concreto

De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, no cabe duda que el empleo de jefe de Unidad de Seguridad y Defensa Código 1-6 Grado 16 del nivel directivo<sup>4</sup> del Hospital Militar Central es de libre nombramiento y remoción, tal como se desprende de la Resolución No. 755 del 7 de septiembre de 2015<sup>5</sup>, en todo caso la naturaleza del cargo no es objeto de discusión entre las partes ya que existe consenso entre éstas en que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Es del caso mencionar frente a las afirmaciones efectuadas por el apoderado demandante en el concepto de la violación acerca que debe dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario el acto que origina el retiro y su buen desempeño, que el Consejo de Estado<sup>6</sup> ha reiterado que la falta de anotación en la hoja de vida de las circunstancias de hecho y causales de remoción del empleado no generan la nulidad del acto de insubsistencia y tampoco es un requisito de existencia o validez del mismo y que el sólo hecho que un empleado de libre nombramiento y remoción desempeñe sus funciones en forma idónea, competente, responsable y con observancia de buena conducta, ello no genera per se una obligación a cargo de la administración de mantenerlo en el servicio indefinidamente, ya que ello corresponde a una obligación de todo servidor público que debe cumplir con los mandatos constitucionales y legales.

De tal manera, correspondía al demandante, más allá de la demostración de sus calidades profesionales y desempeño -que se insiste, debe ser satisfactorio en relación con todo aquel que desempeña una función pública sin que ese sólo hecho le brinde garantía de estabilidad en el empleo-, probar que la administración persiguió con su retiro un fin diferente al del buen servicio y el interés general, lo que no aconteció en el presente caso.

También resulta necesario aclarar que la parte actora no logró acreditar que la declaratoria de insubsistencia del demandante en el empleo de libre nombramiento y remoción como jefe de la Unidad de Informática se hubiese efectuado con desviación de poder o por razones ajenas al buen servicio, suplantación de funciones y acoso laboral ya que de las documentales aportadas y las testimoniales practicadas no se evidencia tal situación, máxime cuando los testigos coincidieron en afirmar que la señora Ariadna Ramírez prestaba asesoría a la directora general entrante de la época (junio de 2017) en el proceso de empalme con el director saliente de la entidad y además en sus declaraciones manifestaron no tener conocimiento de las condiciones en que se produjo el retiro del demandante de la entidad.

Vale la pena traer a colación el contenido del Oficio sin fecha suscrito por la jefe de Unidad de Seguridad y Defensa del Hospital Militar Central visible a folio 59 del cuaderno No. 2 en el que consta: *“Cabe señalar que la TC Ariadna Ramírez Ospina llega a esta entidad en ese lapso de tiempo como comisionada del Ministerio de Defensa para realizar actividades que la Directora General del Hospital considere”*. Ello permite inferir que la TC Ariadna Ramírez tenía la autorización para participar en comités de la entidad donde se hubiese requerido su presencia. No considera el despacho que tal situación significa que el actuar de la administración fue con desviación de poder, es decir, no logró acreditar la parte actora un nexo causal entre la participación de la TC Ariadna Ramírez en los comités de la entidad con la declaratoria de insubsistencia del demandante, así como tampoco logró demostrar un desmejoramiento en el servicio una vez la TC Ariadna Ramírez tomó posesión del cargo que ocupó el cargo del aquí demandante.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 29 de junio de 2011. Rad. No. 17001-23-31-000-2007-00712-01 (0752-09).

<sup>4</sup> Ver folio 65 C. 1

<sup>5</sup> Ver folio 67 a 69 C. 1

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, Sentencia del 21 de junio de 2018. CP Gabriel Valbuena Hernández. Expediente: 2012-01092-01. Actor: Edilma Polanía.

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Adicionalmente, respecto las afirmaciones del apoderado de la parte actora en su alegatos de conclusión acerca de que el acto administrativo fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió, no es cierto, comoquiera que el acto de retiro del demandante fue expedido por la brigadier general Clara Esperanza Galvis Díaz en calidad de directora del Hospital Militar Central, es decir que fue expedido por el funcionario competente para ello, en ejercicio de las facultades que le otorga la Ley.

En cuanto al supuesto desgobierno alegado por la parte actora que a su juicio fue lo que permitió algunas irregularidades administrativas, el despacho advierte que las actuaciones del señor Miguel Obando como jefe de contratos de la entidad demandada, sobre las que se hizo énfasis en el testimonio rendido por dicho funcionario, no tienen mayor relevancia, en el entendido que el hecho de solicitar el desistimiento de un proceso al demandante; ello, per se, no converge en alguna de las causales alegadas para declarar la nulidad del acto de retiro o genere alguna conexión con el retiro del actor que permita evidenciar la desviación de poder alegada.

En cuanto al argumento del apoderado del actor que éste en su condición de prepensionado le asistía una condición de estabilidad laboral reforzada y por tanto no podía ser desvinculado de la entidad, el despacho advierte que si bien la Ley 790 de 2002 consagró una especial protección para los servidores públicos próximos a pensionarse, el Decreto Reglamentario 190 de 2003<sup>7</sup> determinó quienes eran beneficiarios de dicha protección y que la calidad de prepensionado la ostenta el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio<sup>8</sup> y dicha figura opera en caso de procesos de renovación de la administración pública.

En el caso del demandante está probado que se encuentra afiliado al fondo privado de pensiones Porvenir y en ese sentido el régimen que le es aplicable es del ahorro individual con solidaridad (RAIS), ahorro que construye el afiliado con el ahorro pensional que acumule de las correspondientes rentabilidades<sup>9</sup> durante los años que efectuó aportes, los cuales constituyen la pensión del afiliado, es decir, que no es necesario esperar cumplir requisitos de tiempo y edad para adquirir el derecho a la pensión ya que sólo basta confirmar que el dinero es suficiente para una pensión y en el caso del demandante ya cuenta con el capital necesario para acceder a la pensión (fl. 88 a 94 C. 2).

Adicionalmente, en el evento de que el demandante se encontrara en condición de prepensionado, la Corte Constitucional ha señalado que dicha estabilidad laboral reforzada no aplica en casos de cargos de libre nombramiento y remoción:

*“(...) Es pertinente recordar que, aunque el actor se encuentre a menos de 3 años para que le sea reconocida su pensión de vejez, el cargo que ocupa se encuentra bajo la excepción constitucional a los cargos de carrera, por fundamentarse en la confianza. Así las cosas, otorgar una protección objetiva, como la de prepensionados en cargos de libre nombramiento y remoción, puede afectar seriamente la gobernabilidad o ejercicio de las funciones del nominador.*

*(...)*

*Luego, se analizó la figura de prepensionado, como categoría autónoma de protección, en la cual se concluyó que frente al caso específico del accionante no había lugar a aplicarla, toda vez que se encontraba en un cargo de libre nombramiento y remoción y, por tanto, no podía establecerse una protección objetiva en cabeza del trabajador, máxime cuando tales empleos son provistos de manera discrecional por el nominador por ser de dirección, manejo y confianza.”<sup>10</sup>*

<sup>7</sup> “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República.”

<sup>8</sup> Sentencia C-795 de 2009 de la Corte Constitucional.

<sup>9</sup> Artículos 59 y 60 de la Ley 100 de 1993.

<sup>10</sup> Sentencia T-460 de 2017 de la Corte Constitucional.

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El Consejo de Estado, por su parte, ha señalado<sup>11</sup>:

*“(...) Con base en lo precedente, la Corte Constitucional sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos eventos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.*

*Por su parte, el Consejo de Estado<sup>12</sup>, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el estatus pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción, en la medida que la responsabilidad del nominador en el éxito de su gestión, depende en gran medida de la posibilidad de ejecutar sus políticas por el círculo más cercano de sus colaboradores que se identifican con ellas y que por ser de confianza se mantienen en una relación laboral siempre precaria.”*

En conclusión y dado que la parte actora no cumplió con su carga procesal de demostrar que se configuraron las causales de nulidad invocadas, este despacho considera que se mantiene incólume la presunción de legalidad que cobija al acto acusado y procederá a negar las pretensiones de la demanda.

#### 3.4. CONDENA EN COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEGUNDO.-** No condenar en costas y agencias en derecho, de conformidad con la parte motiva.

**TERCERO.-** Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN**

**Juez**

Lkgd

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “A”, Sentencia del 18 de mayo de 2017. CP William Hernández Gómez, Expediente: 2012-00828-01.

<sup>12</sup> Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 2 de marzo de 2017, consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 0294-2014 y ii) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 26 de abril de 2012, consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 1816-2009.

Expediente: 11001-3342-051-2017-00462-00  
Demandante: JOSÉ LUIS ROSERO RIASCO  
Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

