

	PROCESO DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO	CP-DIR-001
		Serie: 100-20.2
	Resolución No. (749) de 2016	Versión: 02
	"Por la cual se declara insubsistente un nombramiento"	Página 1 de 2

EL DIRECTOR GENERAL DE LA DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA

En uso de sus facultades constitucionales y legales, específicamente las que le otorga el Art. 41 literal a) de la Ley 909 de 2004 y

CONSIDERANDO:

1. *Que el Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia prevé como excepción a la regla general de carrera, entre otras, los empleos de libre nombramiento y remoción.*
2. *Que los cargos de libre nombramiento y remoción implican potestad discrecional reglada del nominador en atención a la naturaleza de sus funciones, circunstancia que le habilita para rodearse de personas de toda su confianza, que le permitan encarnar y materializar las políticas administrativas y las estrategias para el desarrollo de la misión institucional.*
3. *Así mismo, que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo y alcanzar los fines institucionales.*
4. *Que el Manual de Funciones de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, aprobado mediante Resolución No. 062 del 21 de Febrero de 2011, que modificó la Resolución No. 406 del 5 de noviembre de 2007 y fue adicionado en un cargo de asesor mediante Acuerdo 012 del 28 de agosto de 2013 del Consejo Directivo de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga y Resolución No. 458 de agosto 30 de 2013, identifica y clasifica los empleos de la Planta General de Personal.*
5. *Que el empleo cuya denominación corresponde a la de "Comandante Código 290, Grado 01, Nivel Profesional", adscrito a la Planta de cargos del Director General, es de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.*

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º. Declarar insubsistente el nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.340.291, expedida en Piedecuesta (Santander), en el cargo de COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, adscrito a la Planta de cargos del Director general, de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION, que se le hizo mediante Resolución No. 061 del 21 de febrero de 2011.



	PROCESO DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO	CP-DIR-001
		Serie: 100-20.2
	Resolución No. (1497) de 2016 "Por la cual se declara insubsistente un nombramiento"	Versión: 02
		Página 2 de 2

- ARTICULO 2º.** Comunicar al señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, la presente decisión.
- ARTICULO 3º.** Enviar copia de la presente resolución a la Carpeta de Gestión de Talento Humano y Nomina, para lo de su competencia
- ARTÍCULO 4º.** La presente resolución rige a partir de expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bucaramanga a los **30 MAR 2016**

El Director General



MILLER HUMBERTO SALAS RONDON

Proyectó aspectos administrativos y técnicos:
 Dra. Eva Cecilia López Rueda, Secretaria General
 Dra. Rosa Helena Mendoza Alba, Asesor Grado 01

Revisó aspectos jurídicos
 Dr. Jesus Eduardo Rodríguez Orozco, Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyecto: Sully S

En la oficina de la Jefe de Talento Humano me notifica
 Recibi / Sully S
 Gerardo Hernandez Barajas
 c.c. 91370291 de Procc. 84.

	PROCESO DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO	Código: FT- DIR-028
	Resolución No. (141) de 2016	Serie: 100-20.2
	"Por medio de la cual se corrige la Resolución No. 141 de 2016, por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento"	Versión: 01
		Página 1 de 1

30 MAR 2016

EL DIRECTOR GENERAL (E) DE TRANSITO DE BUCARAMANGA

En uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO:

1. Que mediante Resolución No. 141 de 2016, se declaró insubsistente el nombramiento del señor GERARDO HERNÁNDEZ BARAJAS, en el cargo de COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, adscrito a la planta de cargo del Director General, de Libre Nombramiento y Remoción, que se le hizo mediante Resolución No. 061 del 21 de febrero de 2011, la cual quedó firmada por el Director General el día 29 de marzo de 2016.
2. Que la señora Alix Moros Ortiz, Secretaria Grado 06 adscrita a la Secretaria General y en quien está radicada la tarea de numerar en forma consecutiva las resoluciones que expida la Dirección, el día de hoy presenta informe donde reporta que por error, la Resolución No. 141 de 2016, había sido fechada del día 30 de marzo del año 2016, cuando la misma fue suscrita el día 29 de marzo de la misma anualidad por el Director General.
3. Que se hace necesario corregir la fecha del acto en mención, toda vez que, el Director General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, el día de hoy se encuentra de Comisión de Servicios, la cual le fue otorgada mediante Resolución No. 132 del 28 de marzo de 2016.
4. Por tanto, se hace necesario corregir la Resolución No. 141 de 2016, en lo que respecta a la fecha de expedición.

Por lo expuesto anteriormente, el Director (E) de Tránsito de Bucaramanga,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Corregir la Resolución No. 141 del 30 de marzo de 2016, en el sentido de que la fecha de su expedición fue el día 29 de marzo de 2016 y no del 30 de marzo como quedó registrado.

ARTICULO SEGUNDO: Comuníquese esta determinación al señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS.

Expedida en Bucaramanga a los treinta (30) días del mes de marzo del año 2016.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

El Director General (E),



EVA CECILIA LÓPEZ RUEDA

Proyecto:

Angie Julieth Rueda Peña- Contratista Secretaria General 

Revisó Aspectos Jurídicos.

Dr. Jesús Eduardo Rodríguez Orozco – Jefe Oficina Jurídica. 

	PROCESO GESTIÓN TALENTO HUMANO	Serie: 111-3.2-150
	Certificación No. 091-2016	Página 1 de 1

LA ASESORA DEL GRUPO DE GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO
DE LA DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA

NIT: 890204109-1


CERTIFICA:

Que el señor GERARDO HERNÁNDEZ BARAJAS, identificado con cédula de ciudadanía número 91.340.291, laboró al servicio de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga en el cargo de COMANDANTE, CÓDIGO 290, GRADO 01, NIVEL PROFESIONAL, adscrito al Grupo de Control Vial, desde el primero (01) de febrero de 1979, según Resolución No. 052 del 31 de enero de 1979 y Acta de Posesión No. 020 del 09 de febrero de 1979 y según Resoluciones No. 141 y 142 del 30 de marzo de 2016 fue declarada su insubsistencia el día 29 de marzo de 2016.

Con una asignación mensual para la vigencia del año 2016 de tres millones seiscientos sesenta y siete mil seiscientos sesenta y siete pesos (\$3.667.667).

Se adhiere y anula estampillas por valor total de cuatro mil seiscientos veinte pesos (\$4.620) M/CTE, por concepto de Ordenanza 012, Pro Hospitales, Pro Desarrollo y Pro Elec. Rural, según recibo de caja N° 3066125.

Expedida en Bucaramanga a los veintisiete (27) días del mes de abril de dos mil dieciséis (2016), a solicitud del interesado.


 ROSA HELENA MENDOZA ALBA
 Asesor Grado 01
 Grupo Talento Humano

LauraF.



Lógica Ética & Estética
Gobierno de los Ciudadanos

KM 4 VIA GIRÓN - TELEFONOS 6809618 - 6809966 Ext. 116 - FAX 6809601
www.transitobucaramanga.gov.co

6

REPUBLICA DE COLOMBIA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

RESOLUCIÓN NÚMERO
RADICADO No. 2014_10745945

GNR 173735 ✓
12 JUN 2015

Por la cual se reconoce una pensión mensual vitalicia de VEJEZ

LA GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE LA VICEPRESIDENCIA DE BENEFICIOS Y PRESTACIONES DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -, en uso de las atribuciones inherentes al cargo y,

CONSIDERANDO

Que el (la) señor(a) HERNANDEZ BARAJAS GERARDO, identificado(a) con CC No. 91,340,291, solicita el 29 de diciembre de 2014 el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de VEJEZ, radicada bajo el No 2014_10745945.

Que el (la) peticionario(a) ha prestado los siguientes servicios:

Tiempos públicos cotizados a Colpensiones:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
DIRECCION DE TRANSITO DE BGA	19960101	19990915	TIEMPO SERVICIO	1335
DIRECCION DE TRANSITO DE BGA	19991001	20001023	TIEMPO SERVICIO	383
DIRECCION DE TRANSITO DE BGA	20001101	20010201	TIEMPO SERVICIO	91
DIRECCION DE TRANSITO DE BGA	20070401	20120129	TIEMPO SERVICIO	1739
DIRECCION DE TRANSITO DE BGA	20120201	20150531	TIEMPO SERVICIO	1200

Que conforme a lo anterior, el interesado tiene cotizados a la Administradora Colombiana de Pensiones 4.748,59 días, correspondientes a 678.37 semanas.

Tiempos públicos cotizados a otras cajas (UGPP):

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
MINDEFENSA	19761101	19781031	TIEMPO SERVICIO	720
DIRECCION DE TRANSITO DE BGA	19790201	19951231	TIEMPO SERVICIO	6090

Que conforme a lo anterior, el interesado tiene cotizados a otras Cajas 6.812 días, correspondientes a 973 semanas.

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 11.559,59 días

13

GNR 173735
12 JUN 2015

laborados, correspondientes a 1.651,37 semanas.

Que nació el 2 de marzo de 1957 y actualmente cuenta con 58 años de edad.

Que la Circular Interna No. 6 de 2013, respecto a la aplicación en el tiempo de lo consagrado en la sentencia C- 258 de 2013, proferida por la Corte Constitucional:

"Derechos adquiridos - causación de derecho:

El precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional ha señalado que "...por derechos adquiridos se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente".

Por esta razón se entiende que los derechos adquiridos en materia pensional implica la protección a quienes han cumplido requisitos o causado su derecho en relación con cualquier tipo de prestación prevista en la legislación anterior o criterio jurídico precedente.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo previsto en los numerales I y II, los efectos en el tiempo de la Circular 04 de 2013 se regirán por las siguientes reglas:

- i. Los derechos causado con posterioridad al 8 de mayo de 2013, esto es, que los requisitos de edad y tiempo de servicio y densidad cotizaciones se encuentre acreditados al 7 de mayo de 2013, de acuerdo con la norma que sea de aplicación al caso concreto, se resolverán de acuerdo al precedente judicial y normativo aplicable en su momento y que se adoptó por COLPENSIONES a través de la Circular 001 de 2012.*
- ii. Las solicitudes de pensión presentadas por afiliados cuya situación jurídica se consolidó con posterioridad al 8 de mayo de 2013, esto es, que el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio y densidad cotizaciones se acreditó después de esta fecha, se regirán por el precedente judicial y constitucional que se adopta por medio de la Circular 04 de 2013."*

Que de conformidad con el concepto jurídico 2014_8658517 del 15 de octubre de 2014, suscrito por la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, en relación con la prueba de calidad de empleado público del sector nacional, se determinó lo siguiente:

"La Ley 4ª de 1992, estableció en su artículo 1º quienes son los empleados públicos del sector nacional, a saber:

11

14

GNR 173735
12 JUN 2015

1. Los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico. (...)

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 señaló cómo esta integrada la Rama Ejecutiva del orden nacional, en los siguientes términos:

Del sector central:

- La Presidencia de la República.*
- La Vicepresidencia de la República*
- Los Consejos Superiores de la administración*
- Los ministerios y departamentos administrativos.*
- Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.*

"(...) se tiene que los servidores de las entidades públicas del orden o ámbito nacional descritas en el literal anterior se reputan como empleados públicos y por lo tanto, no es necesario que acrediten la calidad de tal durante el último año de servicios con el fin de calcular su ingreso base liquidación con base en las reglas de reconocimiento establecidas en las Circulares Internas 01 de 2012 y 06 de 2013, siempre y cuando la última vinculación haya sido con alguna de estas entidades, en caso contrario, deberán acreditar su condición de empleado público para los fines descritos.(...)"

De acuerdo a lo anterior, se observa dentro de la solicitud allegada, dentro de los anexos que el asegurado ostenta la calidad de Empleado Publico.

Que conforme a lo anterior, el caso en particular debe ser estudiado y liquidado conforme a la circular 01, teniendo en cuenta que el administrado consolido su derecho 22 de marzo de 2012, que la circular en mención, emitida por esta entidad establece lo siguiente:

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, *"el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".*

Que la norma precitada en el párrafo inmediatamente anterior se aplica por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que textualmente establece: "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al

15

GNR 173735
12 JUN 2015

momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. *Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.*"

Que igualmente de conformidad con lo establecido en el parágrafo 4 transitorio del Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005, el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 finaliza el 31 de julio de 2010 y podrá extenderse hasta el año 2014 en los siguientes términos:

"el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo (25 de julio de 2005), a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Que conforme a la Circular 054 de 2010 expedida por el Procurador General de la Nación, la forma de liquidación de la presente prestación, se efectúa teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, incluyendo como ingreso base de cotización los factores salariales establecidos en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, para obtener el ingreso base de liquidación, situación establecida por la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, mediante Circular 01 de 2012.

Que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establecen que la pensión se reconocerá reunidos los requisitos mínimos y será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda disfrutar de la misma; para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada.

Que de conformidad con la Circular Interna 01 de 2012, suscrita por la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, las reglas de efectividad de la pensión son las siguientes:

- F. Si el afiliado es un servidor público y radico dentro de sus documentos para la pensión la certificación de retiro del servicio publico o en la Historia Laboral se encuentra registrada la novedad de Retiro, la prestación se reconocerá a partir de la fecha de retiro.

Que a partir de lo anteriormente enunciado se procedió a realizar la liquidación

W

16

GNR 173735
12 JUN 2015

de la prestación reconocida, la cual se resume de la siguiente manera:

IBL: $3,283,000 \times 75.00 = \$2,462,250$

SON: DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE.

Para el análisis de la pensión reconocida, se tomó en cuenta que el (la) peticionario (a) cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad el indicado en la columna "Aceptada Sistema":

Nombre	Fecha Status	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
20 años y 55 años de edad - ley 33 - (Emp. Publico) Deptal, Distr, Municip (No Cundinamarca) al 01/0	2 de marzo de 2012	3,283,000.00	0.00	1	75.00	2,462,250.00	SI

Que se le informa al asegurado, que por encontrarse activo en el servicio oficial, no se pudo liquidar la prestación con los factores correspondientes al último año laborado, razón por la cual se liquidó la prestación con los IBL reportados por su empleador a abril de 2015.

Que para el financiamiento de la prestación procede **Bono Pensional Tipo B y Cálculo Actuarial por Omisión**

BONO PENSIONAL TIPO B por el tiempo laborado al servicio del estado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, de conformidad con la normatividad contenida en los Decretos 1748 de 1995, 1474 de 1997, 1513 de 1998 y el Decreto 13 de 2012, por los siguientes periodos:

Conforme al artículo 101 del Decreto Extraordinario 266 de 2000 "*Para el reconocimiento de pensiones no será necesario el pago del bono pensional. En todo caso será necesario que el bono haya sido expedido y que se hayan constituido las garantías que exijan las normas correspondientes, de acuerdo con las condiciones que establezca el Gobierno Nacional*", por lo que se podrá proceder al reconocimiento de la pensión sin necesidad de que el bono haya sido pagado en su totalidad, si hay lugar a ello, sin perjuicio de que se adelanten las gestiones para su respectivo cobro.

CÁLCULO ACTUARIAL POR OMISIÓN por el tiempo laborado al servicio del estado con posterioridad a la Ley 100 de 1993, toda vez que para el caso específico de las Entidades del Sector Público, el Artículo 151 de la Ley 100 de 1993 estableció una fecha límite para afiliar a los trabajadores:

W

17

GNR 173735
12 JUN 2015

- 1 de abril de 1994 para entidades del nivel nacional
- 30 de junio de 1995, para servidores del nivel Departamental, Municipal y Distrital (definición que correspondía a la respectiva autoridad gubernamental).

A partir de estas fechas la entidad incurre en omisión de afiliación la cual se extiende hasta el día en que la Entidad afilia al trabajador.

Así las cosas, la entidad en la que laboró el señor **HERNANDEZ BARAJAS GERARDO**, con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones debió afiliarlo al ISS (hoy administrado por Colpensiones) y no lo hizo, por lo tanto el período del 01 de julio de 1995 al 30 de septiembre de 1998 se **CONVALIDA** mediante el pago de **CALCULO ACTUARIAL** conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y a la reglamentación consagrada en el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003.

Que la Gerencia de Reconocimiento comunicará a la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos de la Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones para que se inicie el trámite de liquidación y cobro del **BONO TIPO B** y el **CÁLCULO ACTUARIAL POR OMISIÓN** a las entidades respectivas.

Que al tratarse de un Servidor Público que se encuentra laboralmente activo, es pertinente seguir el procedimiento descrito en la el Decreto 2245 de 2012:

Que además de la comunicación del presente acto administrativo, Colpensiones remitirá al empleador una comunicación con la información sobre las condiciones y el término de inclusión en nómina allegando copia del acto administrativo, de conformidad con lo previsto por el art 2º y 3º del Decreto 2245 de 2012.

Que se procederá a conceder la pensión de jubilación solicitada, la cual se dejará en **suspense**, por cuanto no reposa dentro del expediente el Acto Administrativo mediante la cual la asegurada se retiro de la entidad pública en la que actualmente labora (**DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA**), y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 76 del Decreto 1848 de 1969, artículo 1 de la ley 33 de 1985, y 8 de la Ley 71 de 1988, en armonía con los artículos 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, Decreto 758 del mismo año, según los cuales la pensión se comienza a pagar previo el cumplimiento de los requisitos para acceder a ella, a partir del día siguiente a la fecha en que se acredite el retiro del servicio público, toda vez que la pensión a reconocer es constitucionalmente incompatible con otra asignación del Erario Público, aclarando que la pensión quedará sujeta a reliquidación incluyendo los nuevos aportes realizados hasta la fecha en que acredite el retiro del servicio, el cual puede variar de acuerdo con el ingreso base de cotización con que se efectuaron dichos pagos.

Son disposiciones aplicables: Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y Código de Procedimiento Administrativo Y de lo Contencioso Administrativo.

lu

18

GNR 173735
12 JUN 2015

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer el pago de una pensión de VEJEZ a favor del (la) señor(a) **HERNANDEZ BARAJAS GERARDO**, ya identificado(a), ingreso que quedara supeditado al retiro definitivo del servicio oficial, en los siguientes términos y cuantías:

Valor mesada año de 2015 = \$2,462,250

ARTÍCULO SEGUNDO: Atendiendo las disposiciones del decreto 2245 de 2012, la presente pensión será ingresada en la nómina hasta tanto él, o los interesados hagan llegar a través del correo electrónico confirmacionderetirosevidorpublico@colpensiones.gov.co el medio de prueba conducente a establecer el retiro del servicio público del pensionado o la fecha en la cual debe ser ingresado en nomina el pensionado, garantizando con esto la no solución de continuidad.

ARTÍCULO TERCERO: Comuníquese al DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA para lo de su conocimiento y fines pertinentes.

ARTÍCULO CUARTO: Que la Gerencia de Reconocimiento comunicará a la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos de la Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones para que se inicie el trámite de liquidación y cobro del **BONO TIPO B** y el **CÁLCULO ACTUARIAL POR OMISIÓN** a las entidades respectivas.

ARTÍCULO QUINTO: Esta prestación económica es incompatible con cualquier otra asignación del Tesoro Público, conforme a lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia.

ARTÍCULO SEXTO: Notifíquese al (la) Señor (a) **HERNANDEZ BARAJAS GERARDO** haciéndole saber que contra el presente acto administrativo puede interponer por escrito los recursos de Reposición y/o Apelación. De estos recursos podrá hacerse uso dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación, manifestando por escrito las razones de inconformidad, según el Código de Procedimiento Administrativo Y de lo Contencioso Administrativo.

Dada en Bogotá, D.C.

COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

u

GNR 173735
12 JUN 2015

Zulma GUAUQUE B.C.

ZULMA CONSTANZA GUAUQUE BECERRA
GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO
COLPENSIONES

CARLOS ANDRES RUIZ BORDA
ANALISTA COLPENSIONES
COL-VEJ-03-501,2

ORLANDO ARDILA ARDILA

19

Ur

REPUBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
CEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO **91.340.291**

HERNANDEZ BARAJAS

APELLIDOS

GERARDO

NOMBRES



FIRMA



INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO **02-MAR-1957**

PIEDRECUESTA
(SANTANDER)

LUGAR DE NACIMIENTO

1.70

A+

M

ESTATURA

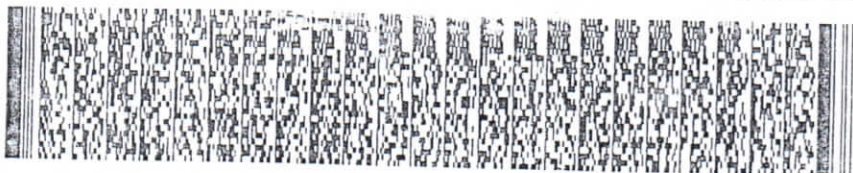
G.S. RH

SEXO

08-MAR-1979 **PIEDRECUESTA**

FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION

Carlos Ariel Sánchez Torres
REGISTRADOR NACIONAL
CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES



A-2713000-00735376-M-0091340291-20150819

0045920720A 2

7033480372

Bucaramanga, 13 de julio de 2015

21

Doctor
RAFAEL HORACIO NUÑEZ LATORRE
Director
Dirección de Tránsito de Bucaramanga
E. S. D.

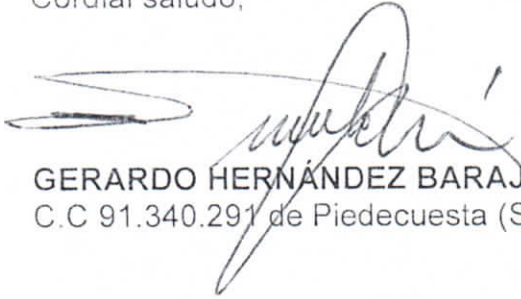
Referencia: Resolución No. GNR 173735 de COLPENSIONES

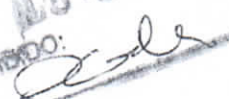
En atención a la resolución de la referencia, la cual en su artículo segundo reza: "...atendiendo las disposiciones del Decreto 2245 de 2012, la presente pensión será ingresada en la nómina hasta tanto el o los interesados hagan llegar a través del correo electrónico, el medio de prueba conducente a establecer el retiro del servicio público del pensionado, garantizando con esto la no solución de continuidad...", me permito informar que no es mi deseo hacer uso del retiro del servicio público.

De acuerdo a lo anterior, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, solicito no ser ingresado en nómina de pensionados y preservar el derecho a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad, y de esta forma mejorar el quantum pensional que me asiste por principio de inescindibilidad, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política, toda vez que resulta de mejor beneficio para mí como trabajador.

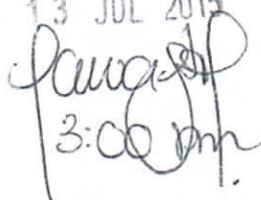
Para efectos de notificaciones, mi dirección de correspondencia es la Carrera 29 No. 31-24 Apto 1704 Edificio Arama, Barrio la Aurora, Bucaramanga (Sder), teléfono 3164490172.


Cordial saludo,


GERARDO HERNÁNDEZ BARAJAS
C.C 91.340.291 de Piedecuesta (Sder)

DIRECCIÓN GENERAL
FECHA: 3:00 pm
13 JUL 2015
RECIBIDO: 

CC Oficina de Talento Humano Dirección de Tránsito de Bucaramanga

13 JUL 2015

3:00 pm

	<p align="center">DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA Dirección General</p>	<p align="center">100.1-2-3</p>
---	---	---------------------------------

Resolución No (062) de 2011

Febrero 21 de 2011

"Por la cual se modifica la Resolución 406 del 05 de Septiembre de 2007"

EL DIRECTOR GENERAL DE LA DIRECCIÓN DE TRANSITO DE BUCARAMANGA

En uso de sus Facultades legales.

CONSIDERANDO

1. Que mediante Resolución No. 100 de fecha 17 de marzo de 2006, se ajusto el Manual específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal de la Dirección de Transito de Bucaramanga.
2. Que mediante Resolución No. 406 de fecha 05 de Septiembre de 2007, se modifico la Resolución No. 100 de fecha 17 de marzo de 2006.
3. Que conforme al numeral 21 del Artículo 18 del Acuerdo 007 de fecha 10 de Diciembre de 2001 por el cual se adoptan los estatutos de la Dirección de Transito de Bucaramanga, y al numeral 18 contenido en el 2.1.2. Descripción de Funciones Esenciales del Artículo Segundo de la Resolución 406 del 05 de Septiembre de 2007, es función de la Dirección General, "modificar y actualizar el manual de funciones, procedimientos y requisitos de la Entidad".
4. Que los cargos que conforman la planta de personal de la Dirección de Transito de Bucaramanga, estarán ajustados a lo dispuesto en el Artículo 25 del Decreto 785 de 2005.
5. Que mediante oficio N 2007ER6907 del 2007, emitido por el Doctor Elbert Eliecer Rojas Méndez, Director Desarrollo Organizacional del Departamento Administrativo de la Función Publica, reza: "me permito señalarle que la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 2006, declaro inexecutable el cargo de Agente de Transito en el nivel Asistencial, siendo pertinente entonces que mientras el legislador o el gobierno nacional mediante facultades extraordinarias modifique la nomenclatura del decreto 785 de 2005 para ajustarlo a dicha sentencia, las entidades que tengan cargos de Agente de Transito en el nivel asistencial o necesiten crear estos cargos en su planta de personal, lo hagan en el nivel técnico, con la denominación Técnico Operativo, Código 314 y de conformidad con la nomenclatura y clasificación de empleos definida en el Artículo 15 del Decreto 785 de 2005, y establecer en el manual de funciones y de competencias laborales las funciones de Agente de Transito.




7 ABR 2011
Fra. Cordero

	DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA Dirección General	100.1-2-3
---	--	-----------

6. Que la ley No.1310 de fecha 26 de Junio de 2009, "Mediante el cual se unifican normas sobre Agentes de Transito y Transporte y Grupos de Control Vial de las Entidades Territoriales y se dictan otras disposiciones", en su capítulo 2, en el Artículo 8 reza: "Modifíquese el inciso 1 del Artículo 4 de la Ley 769 de 2002, el cual quedara así: Los Directores de los Organismos de Transito o Secretarías de Transito de las Entidades Territoriales deberán acreditar formación profesional relacionada y experiencia en el ramo de dos (2) años o en su defecto estudios de diplomado o postgrado en la materia".
7. Que el artículo 6 de la Ley 1310 de 2009 "Mediante el cual se unifican normas sobre Agentes de Transito y Transporte y Grupos de Control Vial de las Entidades Territoriales y se dictan otras disposiciones", en su artículo 6 reza: "Jerarquía. Es la organización interna del grupo de control vial que determine el modo en forma ascendente o descendente. La jerarquía interior de estos cuerpos para efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta Ley será la determinada en el presente Artículo.

La profesión de agente de tránsito para realizar funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas, misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología como policía judicial, pertenecerán en carrera administrativa 01 Nivel técnico..." describiendo los grados que comprenden para cada cargo.

8. Que mediante Acuerdo No. 001 de fecha 31 de Enero de 2011, expedido por el Consejo Directivo, se ajustó la Planta de Personal de la Dirección de Transito de Bucaramanga de conformidad con la sentencia C-577 de 2006 de la H. Corte Constitucional y las Disposiciones de la Ley 1310 de 2009.
9. Que mediante Resolución No. 416 de fecha 13 de septiembre de 2007, se modificó los requisitos exigidos en el Manual Especifico de Funciones y Requisitos de la Dirección de Transito de Bucaramanga, para el cargo de Agente de Transito.
10. Que mediante Resolución No. 530 de fecha 13 de Noviembre de 2007, se modificó los requisitos exigidos en el Manual Especifico de Funciones y Requisitos de la Dirección de Transito de Bucaramanga, para el cargo de Asesor, Código 105, Grado 01.
11. Que mediante Resolución No. 201 de fecha 30 de Abril de 2008, se modificó el Manual de Funciones y Requisitos de la Dirección de Transito de Bucaramanga respecto a los requisitos del cargo de Jefe de Oficina Asesora, Código 115, Grado 02, Nivel Asesor.
12. Que mediante Resolución No. 281 de fecha 02 de Julio de 2008, se modificó el numeral 6.4 del Artículo 6 de la Resolución No. 406 del 05 de Septiembre de 2007, respecto a las funciones y requisitos del cargo de Jefe de Oficina Asesora, Código 115, Grado 02.

	DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA Dirección General	100.1-2-3
---	--	-----------

- 13. Que mediante Resolución No. 385 de fecha 16 de Octubre de 2008, se modificó el Manual de Funciones y Requisitos de la Dirección de Transito de Bucaramanga respecto a los requisitos del cargo de Jefe de Oficina Asesora, Código 115, Grado 02, Nivel Asesor.
- 14. Que mediante Resolución No. 058 de fecha 16 de Febrero de 2009, se modificó el Manual de Funciones y Requisitos de la Dirección de Transito de Bucaramanga respecto a los requisitos del cargo de Jefe de Oficina Asesora, Código 115, Grado 02, Nivel Asesor.
- 15. Que mediante Resolución No. 181 de fecha 08 de Mayo de 2009, se modificó el numeral 7.2 del artículo séptimo de la Resolución No. 406 del 05 de Septiembre de 2007 expedida por la Dirección General respecto a las funciones del cargo de Asesor (Jurídico), Código 105, Grado 02, Nivel Asesor.
- 16. Que en virtud de lo anterior,

RESUELVE:


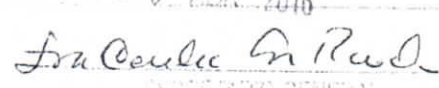
ARTÍCULO PRIMERO: Modificar la Resolución No. 406 del 05 de Septiembre de 2007, para los empleos que conforman la Planta de Personal de la Dirección de Transito de Bucaramanga:

DESPACHO DEL DIRECTOR

ARTÍCULO SEGUNDO: Propósito principal, funciones esenciales, contribuciones individuales, conocimientos básicos o esenciales y requisitos de estudio y experiencia del empleo DIRECTOR GENERAL DE LA DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA:


2.1. IDENTIFICACION DEL EMPLEO

Nivel	Directivo
Denominación del empleo	Director General
Código:	050
Grado	03
No de Cargos	Uno (1)
Dependencia	DIRECCIÓN GENERAL


 EL SEÑOR SECRETARIO GENERAL DE LA DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA, SE FUESE:
 Que le presento fotocopia de los datos de este cargo y la misma, para que se le presente a la Junta de Selección, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 del Decreto 1073 de 2015.
 20 ABR 2016

 SECRETARIO GENERAL

2.1.1. PROPOSITO PRINCIPAL

Planear, organizar, dirigir y controlar la ejecución de los programas y funciones de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, adoptar las decisiones y suscribir, los contratos requeridos, para asegurar la realización y el cumplimiento de su objeto social.

	<p align="center">DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA Dirección General</p>	<p align="center">100.1-2-3</p>
---	---	---------------------------------

6. Los conocimientos, principios y técnicas aplicadas en sus actividades redundan en una eficaz contribución al logro de los objetivos y metas de la Dirección General.
7. El apoyo logístico brindado a la Dirección General en las diferentes actividades programadas contribuye eficientemente a su realización. Revisar documentos y actos administrativos referentes a su área de acción.
8. Los informes respondidos, preparados y presentados periódicamente a la Dirección reflejan un fiel balance de las actividades desarrolladas.
9. Los funcionarios de la Dirección de Transito de Bucaramanga que ejercen funciones publicas son responsables de la operatividad eficiente de los procesos, actividades y tareas a su cargo, por la supervisión continua a la eficacia de los controles integrados. Así mismo, como parte de cumplimiento de las metas previstas por la dependencia o área al cual pertenece.
10. La agenda programada de las actividades de la Dirección permite a éste el cumplimiento estricto de sus compromisos.

13.1.4. CONOCIMIENTOS ESENCIALES

- ✦ Conocimientos básicos de Word y Excel
- ✦ Atención al personal interno y externo en la Entidad.
- ✦ Redacción y ortografía
- ✦ Normativa técnica de elaboración y conservación documental


13.1.5 REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA

✦ **Educación:**

Diploma de bachiller comercial o empresarial

✦ **Experiencia:**


Cinco (5) años de experiencia relacionada.


 EL SUBSCRITO NOMBRE DEL COMANDANTE DE LA DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA
 Que se presenta a la Junta de Selección y es convalidado a efectos de su participación en esta Entidad.
 Se firmó en Bucaramanga, hoy
 20 ABR 2016
Fra Cecilia An Rude
 COMANDANTE

ARTÍCULO DECIMO CUARTO: Propósito principal, funciones esenciales, contribuciones individuales, conocimientos básicos o esenciales y requisitos de estudio y experiencia del empleo Comandante, Código 290, Grado 01, Un cargo (1):

14.1. IDENTIFICACION DEL EMPLEO:

Nivel: Profesional
 Denominación del empleo: **COMANDANTE**
 Código: 290
 Grado: 01
 Numero de Cargos: Uno (1)

	DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA Dirección General	100.1-2-3
---	--	-----------


Dependencia: Director General
 Jefe Inmediato: Dirección General Entidad Descentralizada.

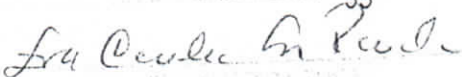
14.1.1. PROPOSITO PRINCIPAL


Orientar y articular los recursos humanos, físicos, logísticos y económicos asignados al Grupo de Control Vial, con unas acciones administrativas eficientes que contribuyan al logro de los objetivos y metas institucionales.

14.1.2. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES

1. Ejecutar la supervisión directa del Grupo de Control Vial.
2. Planear y organizar las labores a realizar por el Subcomandante de Transito, los técnicos operativos de transito y los Agentes de Transito que esta a su cargo.
3. Coordinar con el Subcomandante de transito, la logística de radiocomunicación y de transporte para una atención oportuna de las contingencias y demás servicios de Control Vial.
4. Implementar las medidas preventivas y correctivas necesarias, de acuerdo al informe presentado por el Subcomandante de transito, de las novedades consignadas en el libro respectivo.
5. Transmitir al personal a su cargo las disposiciones y órdenes emanadas de la Dirección General al igual que las normas, decretos y leyes.
6. Coordinar con el Grupo de Talento Humano la formación y capacitación de los funcionarios que conforman el Grupo de Control Vial, con el fin de mejorar su desempeño institucional.
7. Llevar el control estadístico de todas las actividades que se desarrollan en el Grupo de Control Vial como: Accidentalidad, comparendos, control del Grupo de Spoa, puntos críticos y todas las novedades del personal y presentar un informe mensual sobre estos datos.
8. Controlar y autorizar los compensatorios a los funcionarios del Grupo de Control Vial.
9. Controlar la recepción, grabación en el sistema y traslado físico a las inspecciones de los comparendos que imponga el Grupo de Control Vial.
10. Llevar el respectivo control del parque automotor de la entidad y velar por su correcto de funcionamiento.
11. Asistir a las reuniones programadas por diferentes entidades municipales (policía, secretaria de Gobierno, etc.) para dar solución a los problemas de movilidad de la ciudad o atender alguna eventualidad.


 EL SUBCOMANDANTE GENERAL DE LA DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA

APR 2016
 55


	DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA Dirección General	100.1-2-3
---	--	-----------

12. Dar respuesta a los requerimientos de información provenientes de la oficina jurídica, así como de las solicitudes y o inquietudes que se reciban de la comunidad en general.
13. Asistir a las reuniones internas programadas por la Entidad y en el caso requerido a las reuniones programadas por los miembros del sindicato.
14. Conocer, fomentar, implementar, mantener y revisar el Sistema de Gestión de la Calidad de la Entidad.
15. Desempeñar las demás funciones asignadas por el Superior inmediato, de acuerdo con el carácter de sus funciones.

14.1.3. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)


1. La administración y manejo del personal, cumplen con el desarrollo eficiente de las labores de regulación, vigilancia y control del tránsito.
2. Los servicios de radiocomunicación y de transporte, satisfacen plenamente las solicitudes y necesidades de los usuarios de las vías.
3. La revisión de los libros de anotaciones de novedades, facilita por su oportunidad y confiabilidad, la toma de decisiones preventivas y correctivas.
4. La información y divulgación de disposiciones y órdenes emanadas de la Dirección General y dirigidas al personal a su cargo, se transmiten de manera clara, oportuna y pertinente.
5. El programa de formación y capacitación del personal de Control Vial, se orienta al desarrollo de sus competencias laborales necesarias para un desempeño eficiente.
6. La información y el control estadístico es vital para la implementación de los índices de gestión y la medición de la productividad del Grupo de Control Vial.
7. Los funcionarios de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga que ejercen funciones públicas son responsables de la operatividad eficiente de los procesos, actividades y tareas a su cargo, por la supervisión continua a la eficacia de los controles integrados. Así mismo, como parte de cumplimiento de las metas previstas por la dependencia o área al cual pertenece
8. El proceso contravencional depende de la correcta aplicación de los procedimientos desde la imposición del comparendo hasta su respectivo trámite ante las inspecciones de Tránsito.

14.1.4. CONOCIMIENTOS BASICOS O ESENCIALES

- * Normatividad de Tránsito.
- * Legislación en materia de transporte público.
- * Manual de señalización vial y dispositivos para regulación de tránsito en calles, carreteras y ciclorutas.

ASISTENTE SECRETARIO GENERAL DE LA DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA LA CIUDAD DE BUENAVISTA, BOYACÁ, COLOMBIA
 20 ABR 2016

[Handwritten Signature]
 SECRETARIO GENERAL

	<p align="center">DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA Dirección General</p>	<p align="center">100.1-2-3</p>
---	---	---------------------------------

- * Normas Ambientales.

14.1.5. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA

* **Educación**

Acreditación de títulos estudios superiores de acuerdo a la reglamentación que para tal caso expide el Ministerio de Transporte.

* **Experiencia**

Cinco (5) años de experiencia relacionada con el cargo.

ARTICULO DECIMO QUINTO: Propósito principal, funciones esenciales, contribuciones individuales, conocimientos básicos o esenciales y requisitos de estudio y experiencia del empleo AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 09, un (1) cargo:

15.1. IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO

Nivel	Asistencial
Denominación del empleo:	AUXILIAR ADMINISTRATIVO
Código:	407
Grado	09
Número de Cargos:	Uno (1)
Dependencia:	Dirección General
Jefe inmediato:	Director General Entidad Descentralizada

15.1.1. PROPOSITO PRINCIPAL

Apoyar la gestión de la Dirección mediante la digitación, elaboración, ordenación, seguimiento y registro de correspondencia y la clasificación de documentos de soporte.

15.1.2. FUNCIONES ESENCIALES

1. Entregar oportunamente la correspondencia emitida por el Despacho del Director General, radicando en el libro respectivo la fecha, hora y firma de quien recibe.
2. Llevar un registro e informar respecto de las novedades y razones de correspondencia no entregada.
3. Recibir y radicar la correspondencia emitida a la Dirección General.

20 ABR 2016
Lucrecia M. Rueda



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20164000084771
Fecha: 20/04/2016 02:46:54 p.m.

Bogotá D.C.

Señora
MARIBEL RIVERA ARDILA
Maribelriverardila63@hotmail.com

Referencia: Empleos- Comandante de Tránsito y Transporte
Radicado Interno:2016-206-010059-2 de 07/04/2016

Respetada señora Maribel:

Me refiero a su consulta enviada a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y remitida por competencia a este Departamento Administrativo, en la que formula algunos interrogantes relacionados con el cargo de Comandante de Tránsito.

Como usted lo menciona, el Gobierno Nacional expidió La Ley 1310 junio 26 de 2009 "Mediante el cual se unifican normas sobre agentes de tránsito y transporte y grupos de control vial de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones". En ésta norma, entre otros aspectos se define en el artículo 2º que los Agentes de Tránsito y Transporte, son empleados públicos investidos de autoridad para regular la circulación vehicular y peatonal; vigilar, controlar e intervenir en el cumplimiento de las normas de tránsito y transporte en cada uno de los entes territoriales.

"Artículo 6º. Jerarquía. Es la organización interna del grupo de control vial que determina el mando en forma ascendente o descendente. La jerarquía al interior de estos cuerpos para efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta ley, será lo determinado en el presente artículo. (Subrayado fuera de texto)

....."

CODIGO	DENOMINACION	NIVEL
290	Comandante de Tránsito	Profesional
338	Subcomandante de Tránsito	Técnico
339	Técnico Operativo de Tránsito	Técnico
340	Agentes de Tránsito	Técnico



En igual sentido, en el artículo 125 de la Constitución Política se manifiesta que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

La clasificación de los empleos de las entidades sometidas al sistema general de carrera administrativa se encuentra establecida en el artículo 5º de la ley 909 de 2004, que prevé la regulación de las excepciones al sistema de carrera, es decir, los empleos que se catalogan como de libre nombramiento y remoción en los órdenes nacional y territorial, dentro de los cuales se incluyen:

- a) Los de dirección, conducción y orientación Institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices.
- b) Los empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implica confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los jefes y subjefes de las entidades y organismos a quienes se les aplica la ley 909 de 2004, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos.
- c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.
- d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

Así, la clasificación de empleos es competencia de la ley, de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, no siendo viable afirmar que con la modificación del manual de funciones, se cambia el carácter de los empleos.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el empleo de comandante de tránsito, por virtud de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 es de carrera administrativa, su provisión debe hacerse de forma definitiva por concurso abierto de méritos. Mientras se surte este proceso, el decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", dispone:

ARTICULO 2.2.5.3.3 *Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.*

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador. (negritas fuera de texto)

(Decreto 1227 de 2005, arto 9)

En conclusión, si se presenta una vacante en el cargo de Comandante de Tránsito mientras se surte el proceso de concurso, se puede encargar a un empleado de carrera que cumpla con los requisitos para ocupar el cargo.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



OSWALDO GALEANO CARVAJAL
Coordinador Grupo de Análisis y Políticas para las Entidades Públicas
Dirección de Desarrollo Organizacional

 María Piedad Olaya Sisa/O. Galeano
400.4.4

39

REPÚBLICA DE COLOMBIA
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A"
CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación No. 25000 23 25 000 2004 05468 01 (1516-09)

Actor: JORGE ENRIQUE SANCHEZ RODRIGUEZ

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009), que negó las súplicas de la demanda interpuesta por Jorge Enrique Sánchez Rodríguez contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en procura de su reintegro al servicio y del pago de las acreencias laborales dejadas de percibir desde su retiro del mismo.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El actor, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó la nulidad de la Resolución No. 1897 de 11 de marzo de 2004, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, por medio de la cual se dio por terminada la relación legal y reglamentaria que ostentaba con dicha Entidad a partir del 1° de abril de 2004, en tanto se desconoció su derecho a permanecer en el cargo desempeñado hasta la edad de retiro forzoso.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al empleo que desempeñaba al momento de su desvinculación y hasta que cumpla la edad de retiro forzoso (65 años), aunado a lo cual reclamó el pago de los salarios, aumentos a los mismos, prestaciones sociales, primas, bonificaciones, auxilios y demás acreencias laborales dejadas de percibir hasta el cumplimiento de la edad señalada. Asimismo, reclamó el pago de los perjuicios irrogados con el acto administrativo impugnado más los intereses moratorios desde la fecha de exigibilidad de las mismas hasta que sean pagadas efectivamente, y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que fundamentan las pretensiones del actor, se pueden resumir de la siguiente manera:

El señor Jorge Enrique Sánchez Rodríguez se vinculó mediante relación legal y reglamentaria a la DIAN desde el 16 de mayo de 1965 hasta el 1° de abril de 2004, desempeñando como último cargo el de Especialista en Ingresos Públicos I, Nivel 40 Grado 29 con un salario promedio mensual de \$3.177.789 y con una calificación satisfactoria.

Que mediante la Resolución N° 01897 del 11 de marzo de 2004, fue retirado del servicio por habersele reconocido la pensión de vejez por CAJANAL, según lo ordenado por el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo establecido en el artículo 4° de la Ley 860 del 26 de diciembre de 2003; que para dicho momento el actor contaba con 56 años de edad, como quiera que nació el 21 de abril de 1947.

Que la mesada pensional del mes de abril del año 2004 ascendió a la suma de \$1.686.404.35, es decir, el equivalente a una tercera parte de su salario mensual.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Como normas transgredidas citó las siguientes disposiciones legales y constitucionales: 1°, 2°, 13, 25, 53 y 125 de la Constitución Política; 31 del Decreto 2400 de 1968; 122 del Decreto 1950 de 1973; Inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985; 11, 33 Inciso 1° y 150 de la Ley 100 de 1993; art. 19 del Decreto Reglamentario 699 de 1994 artículo 19 de la Ley 344 de 1996; 1°, 2° y 37 literal e) de la Ley 443 de 1998; 14 de la Ley 490 de 1998; 52, 53 y 61 del C.R.P.M.; 1°, 9° numeral 1° y parágrafo 3° de la Ley 797 de 2003; 4° de la Ley 860 de 2003; artículos 2341 y 2356 del C.C y 16 de la Ley 446 de 1998.

Señala que en el presente caso lo que se debate es la aplicación de la ley en el tiempo, su irretroactividad y el respeto a los derechos consolidados y establecidos en disposiciones anteriores, todas ellas de carácter laboral que por regular relaciones de trabajo de aquellos servidores, gozan de la especial protección del Estado.

Que si el afiliado al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, para tener derecho a la pensión de vejez, debe haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre, no se ve la razón para que los afiliados que no hayan llegado a dichas edades puedan ser desvinculados del servicio con invocación de la aludida justa causa, la que sólo puede esgrimirse cuando es trabajador particular o servidor público.

Afirma, que si antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003, el afiliado ya tenía reconocido el derecho pensional por parte de la entidad de previsión respectiva, no se le puede desconocer el derecho que le otorgaron disposiciones anteriores que le concedían la vocación de permanecer hasta la edad de retiro forzoso (65 años); o de seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificada, la accionada acudió oportunamente a dar contestación al libelo demandatorio, oponiéndose a las pretensiones y formulando la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales (ver fs. 34 a 44)

25
40

Fundamenta su defensa manifestando que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, se puede retirar del servicio a todo servidor público a quien se le haya reconocido su pensión y esté incluido en la nómina de pensionados correspondiente, sin tener en cuenta para nada su edad, pues la justa causa que se estableció en el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 (modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003) norma declarada exequible por la Corte Constitucional, no se condiciona a ningún evento diferente de la inclusión en nómina de quien se pretende retirar.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda. Manifestó que si el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, ciertamente permitía a los empleados continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso, pero que la posibilidad de la administración de retirar por justa causa a aquellos que tuviesen una pensión de vejez reconocida, sólo se hizo posible jurídicamente a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003.

Señalo, que si bien es cierto es un principio general del derecho que las leyes rigen hacia futuro, salvo que se diga lo contrario por el legislador, o que se apliquen retroactivamente por favorabilidad o legalidad penal, en el caso bajo análisis, la norma rigió a partir de su expedición, esto es, cuando se publicó y se le está aplicando al demandante no de manera retroactiva, ya que su relación legal y reglamentaria se encontraba vigente y por lo tanto podía ser regulada por aquella.

Afirmó que se encuentra probado en el expediente, que al actor le fue reconocida su pensión de jubilación mediante la Resolución N°. 28509 de 7 de noviembre de 2002 y que su primera mesada le fue cancelada el 29 de abril de 2004, tal como consta en el en el recibo de pago expedido por Bancolombia y que su retiro se produce el 1° de abril de 2004, según certifica la Secretaría de Personal de la DIAN, lo que significa, que se acató la interpretación realizada por la Corte Constitucional al parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, según la cual para retirar al empleado era necesario que se le notificara su inclusión en nómina.

Así las cosas, no se ordena el reintegro por cuanto el actor fue retirado después de obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación y de estar incluido en nómina.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la parte demandante apela la sentencia oportunamente. (Fl. 127)

Manifiesta que lo que se debate en el presente juicio es la aplicación de la ley en el tiempo, su irretroactividad y el respeto a los derechos consolidados y establecidos en disposiciones anteriores, todas ellas de carácter laboral, que por regular relaciones de trabajo de aquellos servidores gozan de la especial protección del Estado.

Afirma, que si bien el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 señaló como causal de retiro de los empleados con derecho a jubilación en la forma en que se hizo mención, en el caso objeto de estudio, el retiro con derecho a jubilación ha de producirse con la voluntad del empleado y no como decisión unilateral de la administración como ocurrió en el sub exámine.

Precisa que no se discute la aflicción de la causal prevista en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 a los funcionarios que hubieran reunido sus requisitos de pensión con posterioridad a la fecha de su vigencia, 27 de enero de 2003, pero la misma no puede ni legal ni constitucionalmente aplicarse a los funcionarios que cumplieron requisitos y obtuvieron el reconocimiento de su pensión durante la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Surtido el trámite legal y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con el recurso propuesto por la parte demandante, corresponde a la Sala en esta instancia revisar la legalidad del acto acusado en orden a establecer si asistía derecho al demandante a permanecer en el cargo de Especialista en Ingresos Públicos I Nivel 40 Grado 29, que desempeñaba en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, luego de efectuado el reconocimiento de su pensión de vejez y hasta la edad de retiro forzoso, o si por el contrario, resultaba válido su retiro con fundamento en la facultad otorgada a la Administración por virtud de lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Para abordar el asunto propuesto, resulta necesario esbozar a grandes rasgos la situación fáctica que ostenta el actor y que se encuentra probada dentro del plenario (fls. 6 a 13), de donde se tiene que nació el 20 de abril de 1947 e ingresó a laborar en la Entidad demandada el 16 de mayo de 1965, por lo que al reunir ampliamente los requisitos para acceder a la pensión de vejez (56 años de edad y 28 de servicios), la Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución No. 28509 de 7 de octubre de 2002, reconoció su derecho pensional.

No obstante, el demandante defirió el goce de su pensión y continuó laborando hasta la expedición del acto demandado, Resolución N° 01897 del 11 de marzo de 2004, expedido por el Director de la DIAN, por medio del cual fue retirado del servicio a partir del 1° de abril de 2004, decisión adoptada con fundamento en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que faculta el retiro de los empleados cuando les ha sido reconocida o notificada la pensión por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones, momento para el que el actor contaba con 56 años de edad.

Bajo el anterior panorama, el recurso plantea un debate respecto a la aplicación del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 frente al derecho pensional consolidado con anterioridad a su entrada en vigencia (29 de enero de 2003) del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y frente a las situaciones accesorias pero no menos relevantes que de él se derivan y que demandan un amparo a la luz de los preceptos constitucionales que protegen los derechos laborales y de la seguridad social, lo que impone realizar una interpretación de esta nueva causal de retiro introducida por el Legislador.

2. De la aplicación del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

28
41

Con el objeto de definir el alcance de esta norma en particular, es indispensable traer a colación las reflexiones contenidas en la sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil nueve (2009), en donde la Sala concluyó¹ que los regímenes de transición constituyen un verdadero derecho subjetivo, cuyo contenido impide al Legislador introducir cambios desproporcionados que alteren la situación jurídica consolidada que de ellos se deriva.

En aquella oportunidad esta Corporación expresó:

"2.2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.

En un primer análisis, el contenido de los derechos del régimen de transición apuntan a preservar, conforme a la situación jurídica consolidada por el titular, el derecho de jubilación en cualquiera de los 3 extremos integrantes de la estructura del mismo: tiempo de cotización, edad y quantum o valor de la pensión. No obstante esta premisa básica, la verdad es que los tres elementos advertidos, en sí mismos describen cada uno una abundante complejidad, por lo que se hace necesario para los efectos de esta sentencia discriminar el ámbito que cobija cada uno de los mismos:

(...)

En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación. En efecto, integran el régimen de transición el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso -asunto precisamente debatido en esta causa-, porque esta prerrogativa es particularmente incidente en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual sin descontar aquellos en los que estrictamente se hicieron aportes conforme al régimen anterior, de manera que la integración de este elemento en los regímenes (sic) de transición se completa con todos aquellos que de manera directa tienen capacidad para determinar el valor de la liquidación o reliquidación pensional, por lo que el fallador debe abarcar su análisis para identificar en cada caso el derecho a la transición más allá del mero contenido descriptivo de la norma al fijar los condicionantes para el cálculo del quantum pensional.

En esta perspectiva, la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° parágrafo 3°, en cuanto estipula como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, se supedita al respeto del derecho de transición en el componente que examinamos, pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional mas allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí determinados.

En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer.

Consecuencialmente y como puede apreciarse de lo expuesto, para la Sala es objetivo que el principio de inescindibilidad de régimen para efectos de la reliquidación pensional, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 de la Constitución, ha de interpretarse de manera racional, esto es cuidando en no llegar al absurdo de, so pretexto de aplicar la inescindibilidad de un régimen, en la práctica, desconocer condiciones más favorables a las que eventualmente habría accedido un empleado, y que por razón de retrotraer su status a normas anteriores, tales beneficios eventualmente no tengan lugar, como suele ocurrir con ciertos sistemas de liquidación del quantum pensional, circunstancialmente más favorables en la norma actual y menos beneficiosos a la luz del régimen de transición que habilita la normatividad anterior, creando con ello una hipótesis en la que es posible reconocer que el empleado consolidó derechos a la luz de una y otra norma. En esta circunstancia es evidente que la razón de favorabilidad aconseja atenuar el principio de inescindibilidad, en función de las particularidades del régimen que in factum resulte de mejor beneficio para el trabajador.

Esta Sala ya se había pronunciado sobre el punto en sentencia de 4 de septiembre de 2003,² cuando observó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que por supuesto remite en tiempo de servicio, edad y monto al régimen anterior, más en lo atinente a la liquidación optó por lo establecido en el inciso 3° ibidem por encontrar que dicho procedimiento resulta más beneficioso de aquel que emergía del régimen anterior, por lo que es evidente, que la jurisprudencia de esta Corporación no discute la posibilidad de atenuar el principio de inescindibilidad de regímenes (sic) en función de razones de favorabilidad específica, al fin y al cabo la fuente del principio en mención es la misma, es decir las condiciones más beneficiosas para el titular de los derechos laborales. Claro que se trata de una flexibilidad sujeta a la aplicabilidad concurrente de las normas que constituyen o crean la circunstancia de favorabilidad, de tal modo que la inescindibilidad opera de manera plena si esta hipótesis no tiene lugar, es decir, es jurídicamente inadmisibles que so pretexto de la atenuación de este principio, expuesto en función de la favorabilidad, se llegue al extremo de mezclar regímenes especiales con regímenes genéricos, cuestión que por la mera razón lógica de la estructura del régimen jurídico es inadmisibles. En conclusión, la figura expuesta es un elemento más para reconocer el alcance y contenido del derecho pensional a la transición como una prerrogativa autónoma, cuya naturaleza jurídica participa de la jerarquía constitucional atribuida a la seguridad social." (Resaltado fuera de texto)

(....)

Bajo las anteriores precisiones, procede la Sala a definir la situación particular del demandante.

3. CASO CONCRETO

En el sub examine, el a quo negó las pretensiones de la demanda con la tesis relativa a que la Ley 797 de 2003 modificatoria del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, estimó como justa causa para dar por terminado el vínculo laboral de carácter legal y reglamentario, la circunstancia de cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión, de manera que por haber consolidado el actor los dos supuestos a que se refiere el Legislador, la Administración de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estaba facultada para expedir válidamente la Resolución 01897 del 11 de marzo de 2004 con la que se retiró del servicio al demandante, concluyendo que la posibilidad de éste en cuanto a la permanencia en el empleo hasta la edad de retiro forzoso, se extinguió en todo caso con la entrada en vigencia de la citada disposición.

El criterio así expresado, conforme a las consideraciones expuestas precedentemente y a la situación fáctica que exhibe el actor resulta desajustado, lo que obliga a replantear la definición del derecho denegado.

En efecto, consta en el proceso que el derecho pensional del actor se concretó el 7 de octubre de 2002 teniendo en cuenta que a esa fecha completo más de 20 años de servicio y 55 años de edad, quien aportó por continuar laborando hasta el momento en que se produjo su retiro intempestivo del servicio.

Así, encontrándose inmerso el actor dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio de éste -que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad-, válidamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto *"que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución"*, precisando además en su parágrafo único, que *"no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso"*.

Significa lo anterior, que el derecho consolidado por el señor Jorge Enrique Sánchez Rodríguez, supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993, acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el mismo y de mejorar el quantum pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política.

Ahora, debe precisarse además, que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1º, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los ordenes.

Ello supone que las modificaciones a la Ley 100, introducidas por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, no eran aplicables al demandante por cuanto a la fecha de expedición del nuevo precepto, su situación jurídica pensional ya estaba completamente definida al abrigo del régimen de transición que le asistía, y por supuesto amparada por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.

Sin embargo, el Juez a quo ignoró el deber constitucional de amparo, transgredido además por la Administración al ejercer sobre la situación particular del actor la facultad que induce la previsión del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, cuando éste ostentaba una situación jurídica consolidada y amparada en todo caso por el régimen de transición en la forma anteriormente expuesta.

Por las circunstancias anotadas, debe anularse el acto administrativo demandado, reconociendo que, en tanto el actor había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que lo reenvía a la vigencia de la Ley 33 de 1985, y conforme al artículo 150 parágrafo de la Ley 100 de 1993 para efectos de retiro, resulta evidente, que su exclusión del servicio no era posible mediante el procedimiento establecido en la norma que aplicó la Administración, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Procede por lo tanto, la revocatoria de la sentencia impugnada y la absolución favorable de la pretensión de la demanda, por cuanto se debió preservar y amparar el derecho del actor a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad.

La consecuencia jurídica inmediata de la nulidad del acto demandado, es el reintegro del demandante al cargo desempeñado o a uno de similar categoría, junto con el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo, de cuyo monto se descontará el valor percibido por el actor por concepto de la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución No. 28509 del 7 de octubre de 2002 durante el mismo tiempo, ordenándose su reintegro a la Caja Nacional de Previsión Social en aras de salvaguardar los recursos públicos implicados.

Así mismo, se ordenará a la demandada efectuar los aportes a pensión dejados de cotizar durante el lapso enunciado, descontando de las sumas adeudadas al actor el porcentaje que de ello le corresponda a éste, a fin de que pueda efectuarse la reliquidación pensional respectiva por la Caja de Previsión.

Las sumas que resulten en favor del demandante por dicho concepto y a partir de la fecha en que fue retirado del servicio se ajustarán en su valor de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \text{ Índice final}$$

38
43

Índice inicial

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial y prestacional comenzando por la que debió devengar el actor en el momento del retiro y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 28 de mayo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda instaurada por Jorge Enrique Sánchez Rodríguez contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En su lugar, se dispone:

1°. **DECLÁRASE LA NULIDAD** de la Resolución No. 1897 del 11 de marzo de 2004, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, por medio de la cual se retiro del servicio al señor Jorge Enrique Sánchez Rodríguez a partir del 1° de abril de 2004.

2°. **DECLÁRASE** que el actor tiene derecho a permanecer en el cargo de Especialista en Ingresos Públicos I Nivel 40 Grado 29 de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta el cumplimiento de los 65 años de edad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, reconocer y pagar al señor Jorge Enrique Sánchez Rodríguez, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo, de cuyo monto se descontará el valor percibido por concepto de pensión de jubilación durante el mismo lapso, sumas que serán reintegradas a la Caja Nacional de Previsión Social.

4°. Las sumas a que resulte condenada la Entidad demandada se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.

5°. **ORDÉNASE** a la Entidad demandada efectuar los aportes a pensión dejados de cotizar durante el periodo enunciado, descontando de las sumas adeudadas al demandante el porcentaje que de ello le corresponde al actor, a fin de que pueda efectuarse la reliquidación pensional respectiva.

6°. **DECLÁRASE** para todos los efectos que no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del demandante.

7°. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

8°. Una vez ejecutoriada, envíese copia de la presente providencia a la caja nacional de Previsión Social, para los efectos pertinentes.

9°. Se reconoce personería al abogado Marco Alejandro Aponte Patiño para actuar como apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en los términos del poder obrante a folio 148 del plenario.

En firme esta providencia, regrese el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTÉRO

25000 23 25 000 2004 05468 01 (1516-09) Actor: JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ RODRIGUEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA: 1 Radicación No. 259002325000200405145 01 (2533-07) Actor: Alcides Borbón Suescún. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

2 Expediente No. 3636-02

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-

Radicación No. 250002325000200406145 01 (2533-07)
Actor: Alcides Borbón Suescún.
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el dieciséis (16) de noviembre de dos mil seis (2006), que denegó las súplicas de la demanda interpuesta por el señor Alcides Borbón Suescún contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en procura de su reintegro al servicio y del pago de las acreencias laborales dejadas de percibir desde su retiro del mismo.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El actor, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal la nulidad de la Resolución No. 03830 del 12 de mayo de 2004, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, por medio de la cual se dio por terminada la relación legal y reglamentaria que ostentaba con dicha Entidad, a partir del 1° de junio de 2004, en tanto se desconoció su derecho a permanecer en el cargo desempeñado hasta la edad de retiro forzoso.

Como consecuencia de la pretensión anulatoria solicita que se declare que el demandante tiene derecho a permanecer en el servicio hasta los 65 años de edad.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- al reintegro del actor sin solución de continuidad, al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación y hasta que cumpla la edad de retiro forzoso, aunado a lo cual demanda el reconocimiento y pago de los salarios, incrementos, prestaciones sociales, auxilios y demás acreencias laborales dejadas de percibir hasta el cumplimiento de la edad señalada. Asimismo, pide que se condene a la demandada al pago de los perjuicios morales irrogados con el acto administrativo impugnado, los que estima en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por último, sobre las sumas que resulten reclama el pago de los intereses moratorios desde la fecha de exigibilidad de las mismas, la actualización respectiva hasta que se cancelen efectivamente y el cumplimiento de la sentencia respectiva en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos citados como fundamento de las pretensiones, se resumen en lo siguiente:

El señor Alcides Borbón Suescún, nació el 1° de enero de 1944 y prestó sus servicios ininterrumpidamente a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- desde el 22 de mayo de 1967, desempeñando como último cargo el de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 16.

Al reunir los requisitos para pensión, la Caja Nacional de Previsión Social, le reconoció una pensión de jubilación mediante Resolución No. 4513 del 22 de marzo de 2002, con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de abril de 2001, cuya efectividad dependía del retiro del servicio. Para la fecha de expedición de dicho acto el demandante contaba con 57 años de edad y más de 30 años de labor.

Posteriormente, mediante Resolución No. 03830 del 12 de mayo de 2004, el Director de la Entidad le retiro del servicio a partir del 1° de junio de 2004, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, es decir por encontrarse reconocida su pensión de jubilación por la Caja Nacional de Previsión Social.

Al momento de su retiro, contaba con 60 años de edad, devengaba un salario mensual promedio de \$1.166.935, y había obtenido en la última evaluación de desempeño una calificación "satisfactoria".

La pensión reconocida que se hizo efectiva a partir del mes de junio de 2004, ascendió a la suma neta de \$751.287.14, es decir, la tercera parte de su salario mensual.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Según la parte actora, la demandada con la expedición del acto acusado violó los siguientes artículos: 1°, 2°, 13, 25, 53, 125 (inc. 4°) de la Constitución Política; 31 del Decreto 2400 de 1968; 122 del Decreto 1950 de 1973; 11, 33 (par. 3°) y 150 de la Ley 100 de 1993; 19 de la Ley 344 de 1996; 1°, 2° y 37 (lit. d) de la Ley 443 de 1998; 14 de la Ley 490 de 1998; 52, 53 y 62 C.R.P.M.; 1°, 9° (par. 3°) y 24 de la Ley 797 de 2003; 4° de la Ley 860 del 2003; 2341 y 2356 del Código Civil, y 16 de la Ley 446 de 1998.

Precisó, que no se discute en este caso que el Congreso de la República tiene la facultad de crear nuevas causales de terminación de la relación laboral tanto para los servidores públicos como para los particulares, sin embargo, estima que tales disposiciones no pueden aplicarse de manera retroactiva, desconociendo las situaciones consolidadas y derechos adquiridos de los destinatarios de tales normas.

En tal sentido afirmó, que la facultad de retiro del servicio de aquellos empleados a quienes se les ha reconocido una pensión, prescrita en el párrafo tercero del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no puede aplicarse a quienes ya tienen consolidado el derecho pensional bajo el amparo de un régimen precedente, sino que debe aplicarse a situaciones futuras que en efecto resulten reguladas a todas luces por la disposición legal en comento.

Adujo que consolidado el derecho pensional bajo normas precedentes a la expedición de la Ley 797 de 2003 -como en el caso del actor-, existe un derecho adquirido a que se mantengan los beneficios legales contenidos en el régimen que lo cobijó, entre ellos el derecho a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad conforme lo establece el artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

Por último, señala que el derecho que se demanda, involucra además la estabilidad en el empleo y la posibilidad de continuar trabajando para incrementar el monto pensional, derechos amparados en las normas legales que se citan como violadas en el petitum y que no pueden ser desconocidos en el caso del actor.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificada, la accionada acudió oportunamente a dar contestación al libelo demandatorio (fl. 39). Propuso como excepciones la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, sustentada brevemente dentro del escrito de oposición.

Radica su defensa en la inexistencia de un derecho adquirido a permanecer en el cargo luego de reconocida la pensión de jubilación, razón por la que validamente la disposición contenida en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 podía regular el caso del actor.

Expresa que lo previsto en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al derecho a permanecer en empleo hasta la edad de retiro forzoso, fue derogado tácitamente por la Ley 797 de 2003, en tanto su artículo 24 dispuso la derogatoria de las normas que le fueran contrarias, razón por la que la citada disposición no ampara derecho alguno al demandante.

Por último, afirma que la posibilidad que tenía el actor de laborar en la DIAN hasta la edad de retiro forzoso era una mera expectativa, más no un derecho adquirido y mucho menos una situación jurídica consolidada, modificable en todo caso por el Legislador al expedir la Ley 797 de 2003, razón por la que era procedente su retiro, más cuando el único condicionamiento que hace la norma es que al empleado pensionado se le haya incluido en nómina.

Agotado el trámite procesal correspondiente, se definió el asunto en primera instancia mediante sentencia del 16 de noviembre de 2006 (fl. 111).

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió en primer lugar la excepción propuesta desestimando su procedencia.

Luego de un breve análisis normativo, concluyó que la posibilidad de permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso se vio restringida con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, que estipuló como justa causa para culminar las relaciones legales y reglamentarias, el cumplir con el lleno de requisitos para obtener la pensión.

Recalcó que el accionante no tenía ningún derecho adquirido en el sentido que lo afirma, esto es, en cuanto a la permanencia en el servicio hasta los 65 años de edad, pues si bien la normatividad establece para los empleados de carrera una serie de prerrogativas especiales que no amparan a otros empleados públicos, tales derechos no pueden ir en contravía de las causales de retiro establecidas por la Constitución y la Ley, razón por la que el proceder de la Entidad a través del acto administrativo demandado resulta legal, más cuando observó los parámetros establecidos en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 para hacer efectivo el retiro del demandante.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora inconforme con la decisión de primera instancia la apela oportunamente y solicita su revocatoria (fl. 122).

Con abundante sustento legal y jurisprudencial, ratifica los fundamentos de derecho esgrimidos en primera instancia, en cuanto al derecho del actor a permanecer en el cargo que ejercía hasta la edad de retiro forzoso, por cuanto tal derecho constituye un derecho adquirido inherente a la consolidación del status pensional, amparado por diferentes disposiciones legales que pese a la expedición de la Ley 797 de 2003, aun continúan

vigentes y aplicables para quienes con anterioridad a su expedición obtuvieron el derecho pensional conforme a las mismas.

Así, recalca que lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, únicamente cobra efectos para las situaciones que se presenten con posterioridad a su entrada en vigencia, de manera que no puede aplicarse retroactivamente, desconociendo las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad, que desde luego deben gobernarse por las normas bajo las cuales se concretaron, que en materia de retiro del servicio por pensión de jubilación y para el caso concreto corresponden a las contenidas en los artículos 33 (párrafo 2°) y 150 de la Ley 100 de 1993, 19 del Decreto 692 de 1994 y 19 de la Ley 344 de 1996, en donde se consagra para los empleados públicos que han obtenido un reconocimiento pensional la posibilidad de continuar en el servicio hasta la edad de retiro forzoso y de mejorar a partir de las nuevas cotizaciones el monto pensional.

Surtido el trámite legal y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con el recurso propuesto por la parte demandante, corresponde a la Sala en esta instancia revisar la legalidad del acto acusado en orden a establecer si asistía derecho al demandante a permanecer en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 16 que desempeñaba en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, luego de efectuado el reconocimiento de su pensión de vejez y hasta la edad de retiro forzoso, o si por el contrario resultaba válido su retiro con fundamento en la facultad otorgada a la Administración por virtud de lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Para abordar el asunto propuesto resulta necesario esbozar a grandes rasgos la situación fáctica que ostenta el actor y que se encuentra probada dentro del plenario (fls. 6 y 8), de donde se tiene que éste nació el 1° de enero de 1944 e ingresó a laborar en la Entidad demandada el 22 de mayo de 1967, por lo que al reunir ampliamente los requisitos para acceder a la pensión de jubilación (57 años de edad y 33 años de servicios) la Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución No. 4513 del 22 de marzo de 2002, reconoció su derecho pensional con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que habilitó su otorgamiento bajo los presupuestos señalados en la Ley 33 de 1985.

No obstante, el demandante difirió el goce de su pensión y continuó laborando hasta la expedición del acto demandado -Resolución No. 03830 del 12 de mayo de 2004- expedido por el Director de la DIAN, por medio del cual fue retirado del servicio a partir del 1° de junio de 2004, decisión adoptada con fundamento en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que faculta el retiro de los empleados cuando les ha sido reconocida o notificada la pensión por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones, momento para el cual el actor contaba con 60 años de edad.

Bajo el anterior panorama, el recurso plantea un debate respecto a la aplicación del párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 frente al derecho pensional consolidado con anterioridad a su entrada en vigencia (29 de enero de 2003) bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y frente a las situaciones accesorias pero no menos relevantes que de él se derivan y que demandan un amparo a la luz de los preceptos constitucionales que protegen los derechos laborales y los derechos inherentes a la seguridad social, lo que impone la definición de las nociones que permiten abordar el asunto en cuestión.

2. MARCO CONCEPTUAL

Procederá la Sala entonces a delimitar los conceptos indispensables para regular judicialmente el problema jurídico descrito, en el siguiente orden:

- 2.1 Naturaleza del Derecho Pensional.
- 2.2 Régimen de Transición como Derecho Subjetivo.
 - 2.2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.

Al desarrollo del inventario de cuestiones así enunciadas se dedica ahora la Sala:

- 2.1 Naturaleza del Derecho Pensional. Un breve excursio que facilita un fundamento de coherencia a la decisión.

Sea lo primero indicar que el derecho pensional otorga contenido al principio de solidaridad descrito en el artículo 1° de la Constitución Política que nos rige, y que el Capítulo V del Título XII de la Constitución en armonía con el artículo 48 ibidem permiten afirmar que en cuanto la seguridad social es un **servicio público de carácter obligatorio**, ésta expresa la **finalidad social del Estado**, esto es, justifica la existencia del mismo.

Ahora bien, además de su naturaleza constitucional particular, el derecho pensional se configura como resultado de los aportes o cotizaciones realizadas a través del tiempo de servicios y se hace efectivo al cumplimiento de la edad señalada por la Ley, por consiguiente resulta indispensable reconocer que el

derecho a la pensión no puede ser interpretado como un concepto meramente civilista, máxime cuando sustancialmente opera como amparo contra las contingencias derivadas de la invalidez, la vejez y la muerte.

No por otra causa hay que aceptar que este derecho integra parte fundamental de la seguridad social, y por ende posee tratamiento constitucional privilegiado conforme se observa en el artículo 48 de la Carta, y en los artículos 347 y 350 ibidem, que incluso en el manejo puramente presupuestal, le dispensan un tratamiento singularizado pues es prevalente la guarda de los recursos destinados para la seguridad social y para el pago de pensiones, de manera que no es posible conforme a la Constitución referirse a los derechos pensionales con la misma óptica que se emplea para el tratamiento de otros derechos, que aunque compartan contenidos económicos o patrimoniales, se insertan en el ámbito ordinario de protección que otorga sustancia al funcionamiento del Ordenamiento Jurídico. No cabe duda entonces del carácter privilegiado de este derecho.

Al respecto el Profesor y Consejero de Estado Alfonso Vargas Rincón, señalaba la dificultad que ofrece asimilar el derecho pensional y su régimen jurídico al ámbito meramente civilista que conduce a identificar los derechos pensionales con los derechos en general originados en un hecho legalmente habilitado y consumado, y que como tal hacen parte del patrimonio de las personas.¹ En efecto, el derecho a la pensión tiene identidad propia, no solo por la manera como se va conformando (aportes empleador y empleado) sino por expresa disposición constitucional, al definirse como máxima en cuanto a la seguridad social y en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política que *"el Estado garantizara el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales..."*.

En síntesis, es diferente el concepto del derecho a la pensión de la noción general de derecho patrimonial nacido del principio liberal de respeto a la propiedad, muy anterior a conquistas de la civilización plasmadas en las concepciones de Estado Social, que matizan el concepto del orden jurídico en función del amparo y protección de los ciudadanos más allá de la misma esfera de los derechos subjetivos dirigidos por la autonomía de la voluntad. No puede por ende el fallador apoyarse, al definir la esencia de este derecho, en las concepciones ordinarias y comunes de la situación jurídica de los particulares en la relación jurídico-administrativa cuando por ejemplo el vínculo lo liga con una Entidad de derecho público, o en la relación puramente bilateral que surge en el ámbito privado. Cuando el vínculo concierne a los derechos pensionales, la Constitución reconoce que ellos integran uno de los fines primordiales de la sociedad por tanto, hacen parte significativa del objeto mismo de la consolidación del orden políticamente organizado, es decir, constituyen base del Estado Social de Derecho.

Por supuesto no es interés de la Sala al plantear este análisis crear una perspectiva de fundamentación del derecho a la pensión, sino mas bien, y tan solo, recalcar la existencia de un régimen jurídico que entre nosotros, quizá por la complejidad normativa que lo regula, no ha sido definido con claridad, pues la tendencia que se observa en los Tribunales de Justicia frente a la materia y respecto de los elementos que de ella se implican, es a regularla conforme al marco ordinario de los derechos subjetivos a que se refiere el artículo 58 de la Carta, sin reparar los elementos que aquí señalamos y que constituyen objetivos límites a la actividad legislativa del Estado y por supuesto referencias insoslayables para los Administradores de Justicia, que en todo caso están en la obligación de observar, considerar y desarrollar.

Pues bien, la visualización de los regímenes pensionales como derechos adquiridos, su confusión con expectativas legítimas frente al sistema de transición o la asimilación de los mismos a beneficios o gracias otorgadas por el Estado a algunos ciudadanos, constituyen una estructura de pensamiento que en ocasiones puede tornar incierta la configuración del derecho mismo y por consiguiente concebir un ámbito proclive a la proliferación de conflictos, de manera que sobre este presupuesto es imperioso concluir la naturaleza particular y los alcances de su régimen jurídico, lo cual habilita a la Sala para sistematizar las siguientes nociones al respecto:

- a. Es un derecho que se identifica con las finalidades sociales del Estado y por tanto expresa con entera nitidez la justificación de la conformación de la comunidad política sobre la que se elabora la razón de ser del Estado.
- b. Posee tratamiento específico y privilegiado conforme al Orden Constitucional tanto en su condición de elemento integrador de la seguridad social, como en la financiación de los recursos propios de la sociedad destinados a conformar la Caja Pública en un nivel de igualdad con los recursos reservados para la defensa de la soberanía nacional, es decir, que los recursos para el pago de pensiones comparten importancia estratégica y política con los destinados para la defensa nacional, de ahí las restricciones aplicadas al Gobierno en la administración de los fondos destinados para su financiamiento.
- c. Técnicamente, los derechos pensionales poseen un campo de aplicación universal y su estructuración compromete la actividad productiva de su titular y la contribución proporcional de los empleadores, prorrogada o extendida en un tiempo determinado; además, el goce del mismo se condiciona a supuestos futuros que el Legislador puede definir en función de la edad y de la habilidad laboral.
- d. La regulación de los derechos pensionales ocurre dentro de límites de contenido que ha de observar el Legislador en el ámbito material y temporal, atendiendo todos los supuestos jurídicos que por el proceso

¹ "Pensiones y Régimen de Transición en la Ley 100 de 1993". Conferencia no publicada.

de conformación del derecho, consolidan situaciones subjetivas jurídicamente relevantes e inmodificables.

- e. En cuanto a su causa, hay que reconocer que si bien el derecho pensional tiene condición de derivado - en función de la actividad laboral-, es manifiesta su autonomía una vez surge, dado que al compartir identidad con el derecho al trabajo, luego de consolidado produce situaciones jurídicas oponibles al empleador y como se ha indicado anteriormente, limitantes de la actividad Legislativa.
- f. Por supuesto, la estructura de los derechos pensionales, por hacer parte de la seguridad social y de los derechos laborales de las personas son imprescriptibles e irrenunciables.
- g. Se trata además de un derecho dinámico, pues su consolidación o establecimiento, no agota las posibilidades de modificación dentro del marco del principio de progresividad del derecho laboral, conforme lo reconoció el constituyente al establecer como garantía del Estado la atención al reajuste periódico de las pensiones legales -inc. 2° del artículo 53 de la Carta Política-, e igual de acuerdo con lo previsto por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, que establece la posibilidad de reliquidar el ingreso base para calcular la pensión conforme a los salarios devengados con posterioridad a la fecha de la Resolución que la reconoce.

2.2 Régimen de Transición como Derecho Subjetivo.

Ya se insinuó al principio de este acápite, que el régimen de transición en materia pensional, tiende a identificarse como una prerrogativa para regular el tránsito legislativo en materia pensional, que resguarda expectativas o derechos adquiridos conforme a normas que luego son retiradas del ordenamiento jurídico por cualquiera de las causas establecidas para limitar o terminar su vigencia. Esta connotación, de alguna manera transmuta el alcance de los derechos originados en el sistema jurídico anterior y salvaguardados en un régimen de transición, tornándolos inciertos, tanto así que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la Carta anterior los consideraba como simples expectativas para diferenciarlos de los derechos jubilatorios propiamente dichos, que en su caso venían a ser amparados por el artículo 31 que los asimilaba a los derechos adquiridos con justo título.²

Luego en vigencia de la Carta de 1991, la Corte Constitucional al estudiar su configuración los trata en principio como una expectativa para diferenciarlos de las previsiones establecidas que amparan los derechos adquiridos conforme al artículo 58 de la Constitución vigente; así en la sentencia C- 596 de 1997, al examinar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se señaló que dicho artículo propugna por proteger lo que tan solo son expectativas de derecho de ciertos trabajadores, y en cuanto a la favorabilidad inmersa en el régimen de transición, consideró la Corte que dicha labor le incumbe al Juez en cada caso concreto, pues es imposible en juicios de constitucionalidad confrontar una norma acusada de carácter genérico con las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales.

Posteriormente, ese mismo Tribunal en sentencia C-789 de 24 de septiembre de 2002, volvió a referirse al régimen de transición como un factor de límite a la competencia del Legislador para indicar que éste no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las que aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.

Luego en la sentencia C-754 del 10 agosto de 2004, al referirse a la exequibilidad del artículo 4° de la Ley 860 de 2003, la Corte expuso que al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las personas que a 1° de abril de 1994 cumplían con los requisitos señalados en la norma adquirieron el derecho a pensionarse según el régimen de transición de manera que éste no constituye una expectativa modificable sino un derecho constitucional adquirido por cuanto el régimen de transición lo define y reconoce la Ley a una categoría determinable de trabajadores, constituyéndose en un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión se encuentran próximos a cumplir los requisitos para pensionarse al momento del cambio normativo. Al respecto precisó que: "(...)si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo³. De manera que una vez entrada en vigencia la disposición

² Sentencias de 2 de marzo de 1918, 12 de noviembre de 1938 y 22 de julio de 1969. Corte Suprema de Justicia.
³ Se reitera que en tal distinción hizo énfasis la Corte en la Sentencia C-789 de 2002, pues allí señaló que no era posible confundir la prestación económica ofrecida por el régimen de transición -es decir, la pensión- con la pertenencia al régimen, ya que mientras la prestación que aun no se adquiere es una mera expectativa, el régimen como tal, su pertenencia al mismo, es una situación jurídica que el legislador no puede desconocer. A este respecto, valga citar nuevamente el aparte correspondiente del fallo:

"Como se dijo anteriormente, los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no están contrariando la prohibición de renunciar a los beneficios laborales mínimos, pues las personas que cumplen los requisitos necesarios para hacer parte del régimen de transición no tienen un derecho adquirido a su pensión. Sin embargo, el valor constitucional del trabajo (C.N. preámbulo y art. 1°), y la protección especial que la Carta le otorga a los trabajadores, imponen un límite a la potestad del legislador para configurar el régimen de seguridad social. En virtud de dicha protección, los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales, y por lo tanto, la ley posterior no podría desconocer la protección que ha otorgado a quienes al momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones llevaban más de quince años de trabajo cotizados."

que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo consolidan una situación concreta que no se les puede menoscabar⁴. (...)"

Para esta Sala, y atendiendo los postulados constitucionales establecidos en la Carta de 1991, se hace indispensable superar tanto en el campo del análisis de los derechos pensionales y por consecuencia en el de los derechos surgidos de los regímenes de transición pensional, el concepto civilista de los derechos adquiridos con justo título y asimismo la noción de expectativas legítimas en el instante de configurar y aplicar la capacidad reguladora de un régimen de transición pensional. La ya definida naturaleza jurídica del derecho pensional que se expande en el tiempo, consolida situaciones jurídicas concretas que luego se tornan intangibles dada su particular protección constitucional pues es evidente que al cumplirse los presupuestos señalados en la Ley, no existen razones de derecho para que una Ley posterior en forma retroactiva invierta la voluntad del constituyente, desmejorando la mentada situación consolidada, y por tal razón contraría de manera directa el artículo 4° de la norma fundamental.

En este punto, reclama importancia avanzar en la distinción reconocida en un principio por la jurisprudencia nacional, que diferenciaba el amparo de los derechos pensionales de la fase en la que estos hasta ahora se estaban gestando, en contraste con la hipótesis de su consolidación al ocurrir las condiciones del status pensional, pues tal distinción no solo "civiliza" el régimen jurídico de las pensiones -en el sentido de aplicar normas estrictamente referidas al derecho privado-, sino que además disuelve el contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición. Evidentemente, superar el criterio meramente civilista implica no solo observar la naturaleza misma de los derechos pensionales sino consolidar la seguridad jurídica que los trabajadores requieren en el desarrollo de sus relaciones con el Estado o con sus empleadores, lo que redundaría en paz social y legitimación de las instituciones jurídicas.

Así pues, es inocultable que el Legislador encuentra un contexto objetivo en el instante de configurar el régimen de seguridad social, que determina la imposibilidad material para introducir cambios que no sean racionales y proporcionados; en esa dimensión, las Leyes que se ocupan de las pensiones y de la seguridad social, pierden capacidad reguladora si desconocen la protección que el mismo ordenamiento ha otorgado a quienes al momento de entrar en vigencia la nueva norma cumplían los requisitos para acceder a dicho régimen, pues sin duda, la transición es fruto del derecho de quienes estatuyeron una situación jurídica de acuerdo a los parámetros de la Ley vigente pero que no obstante por diversas razones (consolidación parcial del estatus, derecho a permanencia en el empleo, pensión de invalidez transitoria, entre otros), no alcanzan al disfrute efectivo del derecho pensional que imponga el retiro de la actividad laboral dentro del marco jurídico estipulado para la jubilación.

Es claro que en esta hipótesis resulta impropio hablar de expectativas, pues la transición es el efecto de la existencia de un derecho cuya oponibilidad encuentra su origen en supuestos de orden normativo y material, y desde luego en la previsión jurídica estipulada por el propio ordenamiento, tanto así que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollan, no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, para mostrar con claridad que incluyendo a las propias reformas constitucionales, el constituyente en su capacidad de reforma ha de preservar situaciones consolidadas.

No cabe ninguna duda para sostener entonces, que todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición.⁵

⁴ Sentencias T-235/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-169/03 M.P. Jaime Araujo Rentarías.
⁵ Salvamento de voto. SC- 754 de 2004. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis.

2.2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.

En un primer análisis, el contenido de los derechos del régimen de transición apuntan a preservar, conforme a la situación jurídica consolidada por el titular, el derecho de jubilación en cualquiera de los 3 extremos integrantes de la estructura del mismo: tiempo de cotización, edad y quantum o valor de la pensión. No obstante esta premisa básica, la verdad es que los tres elementos advertidos, en sí mismos describen cada uno una abundante complejidad, por lo que se hace necesario para los efectos de esta sentencia discriminar el ámbito que cobija cada uno de los mismos:

En cuanto al fenómeno del término y forma de cotización, las variables principales que comprometen el contenido del régimen de transición suponen, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia T-818 de 2007, la vigencia del régimen de transición sin importar que los aportes se hagan a distintos sistemas de cotización y en igual sentido la sentencia C-789 de 2002 que predica la invulnerabilidad del régimen de transición incluso frente a la propia voluntad del beneficiario o del titular cuando opta por variar los sistemas de cotización establecidos por las normas de seguridad social (prima media y ahorro individual).

Ahora, el tiempo de servicio y la edad para alcanzar el status pensional pleno, es parte singular de lo previsto en el artículo, 36 inciso 2° de la Ley 100 de 1993; ya lo era en la Ley 33 de 1985 que en el párrafo 2° de su artículo 1° excluyó de su contenido regulador en materia pensional, a quienes a la fecha de expedición de la misma habían cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, y a su vez, la Ley 797 de 2003 que estableció un sistema de transición por éste factor que luego fuera declarado inexecutable.⁶ La jurisprudencia ha reconocido régimen de transición en razón de la edad con aplicación de la Ley 6° de 1945 en función de las situaciones jurídicas consolidadas a la luz del Decreto 3135 de 1968, cuyos preceptos fueron afectados por su derogatoria en virtud de la Ley 33 de 1985, y además en atención a que el Decreto 3135 tenía aplicabilidad a empleados del orden nacional y no territorial.

En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación. En efecto, integran el régimen de transición el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso - asunto precisamente debatido en esta causa-, porque esta prerrogativa es particularmente incidente en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual sin descontar aquellos en los que estrictamente se hicieron aportes conforme al régimen anterior, de manera que la integración de este elemento en los regímenes de transición se completa con todos aquellos que de manera directa tienen capacidad para determinar el valor de la liquidación o reliquidación pensional, por lo que el fallador debe abarcar su análisis para identificar en cada caso el derecho a la transición más allá del mero contenido descriptivo de la norma al fijar los condicionantes para el cálculo del quantum pensional.

En esta perspectiva, la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° párrafo 3°, en cuanto estipula como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, se supedita al respeto del derecho de transición en el componente que examinamos, pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional mas allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí determinados.

En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de

⁶ Ley 797 de 2003. Artículo 18. Modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el párrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. INEXEQUIBLE. Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2003.

un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer.

Consecuencialmente y como puede apreciarse de lo expuesto, para la Sala es objetivo que el principio de inescindibilidad de régimen para efectos de la reliquidación pensional, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 de la Constitución, ha de interpretarse de manera racional, esto es cuidando en no llegar al absurdo de, so pretexto de aplicar la inescindibilidad de un régimen, en la práctica, desconocer condiciones más favorables a las que eventualmente habría accedido un empleado, y que por razón de retrotraer su status a normas anteriores, tales beneficios eventualmente no tengan lugar, como suele ocurrir con ciertos sistemas de liquidación del quantum pensional, circunstancialmente más favorables en la norma actual y menos beneficiosos a la luz del régimen de transición que habilita la normatividad anterior, creando con ello una hipótesis en la que es posible reconocer que el empleado consolidó derechos a la luz de una y otra norma. En esta circunstancia es evidente que la razón de favorabilidad aconseja atenuar el principio de inescindibilidad, en función de las particularidades del régimen que in factum resulte de mejor beneficio para el trabajador.

Esta Sala ya se había pronunciado sobre el punto en sentencia de 4 de septiembre de 2003,⁷ cuando observó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que por supuesto remite en tiempo de servicio, edad y monto al régimen anterior, más en lo atinente a la liquidación optó por lo establecido en el inciso 3° ibidem por encontrar que dicho procedimiento resulta más beneficioso de aquel que emergía del régimen anterior, por lo que es evidente, que la jurisprudencia de esta Corporación no discute la posibilidad de atenuar el principio de inescindibilidad de regímenes en función de razones de favorabilidad específica, al fin y al cabo la fuente del principio en mención es la misma, es decir las condiciones más beneficiosas para el titular de los derechos laborales. Claro que se trata de una flexibilidad sujeta a la aplicabilidad concurrente de las normas que constituyen o crean la circunstancia de favorabilidad, de tal modo que la inescindibilidad opera de manera plena si esta hipótesis no tiene lugar, es decir, es jurídicamente inadmisibles que so pretexto de la atenuación de este principio, expuesto en función de la favorabilidad, se llegue al extremo de mezclar regímenes especiales con regímenes genéricos, cuestión que por la mera razón lógica de la estructura del régimen jurídico es inadmisibles. En conclusión, la figura expuesta es un elemento más para reconocer el alcance y contenido del derecho pensional a la transición como una prerrogativa autónoma, cuya naturaleza jurídica participa de la jerarquía constitucional atribuida a la seguridad social.

Bajo las anteriores precisiones en cuanto al régimen de transición y el retiro del servicio por pensión de jubilación, procede la Sala a definir la situación particular del demandante, rectificando en lo pertinente la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Segunda en providencia del 27 de octubre de 2005, Expediente No. 4773-03.⁸

3. CASO CONCRETO

En el sub examine, el a quo, negó las pretensiones de la demanda con la tesis relativa a que la Ley 797 de 2003 modificatoria del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, estimó como justa causa para dar por terminado el vínculo laboral de carácter legal y reglamentario, la circunstancia de cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión, de manera que por haber consolidado el actor los dos supuestos a que se refiere el Legislador, la Administración de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estaba facultada para expedir validamente la Resolución No. 03830 del 12 de mayo de 2004 con la que se retiró del servicio al demandante, concluyendo que la posibilidad de éste en cuanto a la permanencia en el empleo hasta la edad de retiro forzoso se extinguió en todo caso con la entrada en vigencia de la citada disposición.

El criterio así expresado, conforme a las consideraciones expuestas precedentemente y a la situación fáctica que exhibe el actor resulta desajustado, lo que obliga a replantear la definición del derecho denegado.

En efecto, consta en el proceso que el derecho pensional del actor se concretó el 1° de enero de 1999 teniendo en cuenta que a esa fecha completó más de 20 años de servicio y 55 años de edad, quien optó por continuar laborando hasta el momento en que se produjo su retiro intempestivo del servicio.

Así, encontrándose inmerso el actor dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100, el retiro del servicio de éste -que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad-, validamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto *"que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que*

⁷ Expediente No. 3636-02.

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 27 de octubre de 2005. Rad. Interno. No. 4773-03. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución”, precisando además en su parágrafo único, que “no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”.

Significa lo anterior que el derecho consolidado por el señor Alcides Borbón Suescún, supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993 acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el servicio y de mejorar el quantum pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política.

Ahora, debe precisarse además, que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1°, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, **conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores**, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, **para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes** de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los ordenes.

Ello supone que las modificaciones a la Ley 100, introducidas por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no eran aplicables al demandante por cuanto a la fecha de expedición del nuevo precepto, su situación jurídica pensional ya estaba completamente definida al abrigo del régimen de transición que le asistía, y por supuesto amparada por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de los demás derechos que de ello se deslindan como inicialmente se expuso, como los son el derecho al pago oportuno, al reajuste periódico de la pensión y a la reliquidación misma del derecho.

Sin embargo, el Juez a quo ignoró el deber constitucional de amparo, transgredido además por la Administración al ejercer sobre la situación particular del actor la facultad que induce la previsión del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, cuando éste ostentaba una situación jurídica consolidada y amparada en todo caso por el régimen de transición en la forma anteriormente expuesta.

Por las circunstancias anotadas, debe anularse el acto administrativo demandado, reconociendo que, en tanto el actor había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que lo reenvía a la vigencia de la Ley 33 de 1985, y conforme al artículo 150 parágrafo de la Ley 100 de 1993 para efectos de retiro, resulta evidente, que su exclusión del servicio no era posible mediante el procedimiento establecido en la norma que aplicó la Administración, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Procede por lo tanto la revocatoria de la sentencia impugnada y la absolución favorable de las pretensiones de la demanda conforme fue solicitada, por cuanto se debió preservar y amparar el derecho del actor a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad.

No obstante la consecuencia jurídica inmediata de la nulidad del acto demandado es el reintegro al cargo desempeñado en la Entidad demandada, debe anotarse al respecto, que conforme a las pruebas obrantes en el expediente, el actor cuenta ya con los 65 años que limitan la posibilidad del desempeño de un cargo público, lo que torna imposible el restablecimiento deprecado e impone para la Sala consecuentemente, el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro del actor y hasta la fecha en que legalmente procedía conforme a lo expuesto, su retiro del servicio.

En consecuencia, se ordenará a la Entidad demandada cancelar al actor los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales que dejó de percibir a raíz de su desvinculación del servicio dispuesta por el acto acusado y hasta el 1° de enero de 2009, fecha en la que cumplió los 65 años de edad, de cuyo monto se descontará el valor percibido por el actor por concepto de pensión de jubilación por parte de la Caja Nacional de Previsión Social durante el mismo lapso, ordenándose su reintegro a la mencionada Entidad de Previsión en aras de salvaguardar los recursos públicos implicados.

Asimismo, se ordenará a la demandada, efectuar los aportes a pensión dejados de cotizar durante el lapso enunciado, descontando de las sumas adeudadas al actor el porcentaje que de ello le corresponda a éste, a fin de que pueda efectuarse la reliquidación pensional respectiva por la Caja de Previsión.

Las sumas que resulten en favor del demandante por dicho concepto y a partir de la fecha en que fue retirado del servicio se ajustarán en su valor de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

53

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

Por tratarse se pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial y prestacional comenzando por la que debió devengar el actor en el momento del retiro y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el dieciséis (16) de noviembre de dos mil seis (2006), que denegó las pretensiones de la demanda promovida por Alcides Borbón Suescún contra la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales -DIAN-. En su lugar, se dispone:

1°. **DECLÁRASE LA NULIDAD** de la Resolución No. 03830 del 12 de mayo de 2004, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales -DIAN-, por medio de la cual se retiro del servicio al señor Alcides Borbón Suescún a partir del 1° de junio de 2004.

2°. **DECLÁRASE** que el señor Alcides Borbón Suescún, tenía derecho a permanecer en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 16, hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta el cumplimiento de los 65 años de edad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales -DIAN- a reconocer y pagar al señor Alcides Borbón Suescún los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio por medio de la Resolución anulada y hasta el 1° de enero de 2009, fecha en la que cumplió la edad de retiro forzoso, de cuyo monto se descontará la mesadas percibidas por concepto de pensión de jubilación durante el mismo lapso, sumas que serán reintegradas a la Caja Nacional de Previsión Social.

4°. Las sumas a que resulte condenada la Entidad demandada se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.

5°. **ORDÉNASE** a la Entidad demandada efectuar las cotizaciones al Sistema Pensional respectivo, dejadas de efectuar durante el lapso mencionado, descontado de las sumas laborales adeudadas el porcentaje que de ello corresponde al actor, de conformidad con el régimen pensional que lo cobija.

6°. **DECLÁRASE** para todos los efectos que no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor Alcides Borbón Suescún, hasta la fecha en que debió efectuarse legalmente su retiro.

7°. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

8°. Una vez ejecutoriada, envíese copia de la presente providencia a la Caja Nacional de Previsión Social, para los efectos pertinentes.

En firme esta providencia, regrese el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Presidente de la Sección

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

Aclara Voto

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación No. 250002325000200406145 01 (2533-07) Actor: Alcides Borbón Suescún

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN

ABOGADA

DEMANDAS CONTRA EL ESTADO - CONTRATACIÓN ESTATAL

LA TRIADA TORRE SUR -OFICINA 414- TELEFAX: 6523111

soniaolivella@hotmail.com

BUCARAMANGA



Señor

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA – REPARTO –

Ciudad

REF.: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN, abogada en ejercicio, con Tarjeta Profesional N° 41.864 del Consejo Superior de La Judicatura, titular de la cédula de ciudadanía N° 63'281.990 expedida en Bucaramanga, obrando en nombre y representación del señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**, mayor de edad, vecino de Bucaramanga, titular de la cédula de ciudadanía N° 91'159.367 expedida en Piedecuesta, conforme al poder que me ha sido conferido, con todo respeto acudo ante su Despacho a instaurar **DEMANDA CON FUNDAMENTO EN EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, con fundamento en el artículo 138 del CPACA. A lo cual procedo, de conformidad con el artículo 162 del CPACA, así:

DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

PARTE DEMANDANTE: Señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**, quien actúa en su propio nombre y representación, mayor de edad, vecino de Bucaramanga, titular de la C.C. N° 91'159.367 expedida en Piedecuesta, con domicilio en la Carrera 29 N° 31-24 Apto 1704 Edificio Arama Barrio La Aurora de esta ciudad.

PARTE DEMANDADA:

DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA, representada por el Dr. **MILLER HUMBERTO SALAS RONDON**, en su condición de Director General.

El señor **Procurador Judicial** y la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, quienes interpondrán en interés del orden jurídico y podrán actuar como parte.

PRETENSIONES

PRIMERO: Que es **NULO** el artículo primero de la Resolución N° 00141 de 30 de marzo de 2016 por medio de la cual se decidió "Declarar la insubsistencia el nombramiento del señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS** identificado con la cédula

55

de ciudadanía N° 91.340.291 expedida en Piedecuesta, en el cargo de COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, adscrito a la Planta de cargos del Director general, de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN, que se le hizo mediante Resolución No. 061 del 21 de febrero de 2011."

SEGUNDO: Que es **NULO** el artículo Primero de la Resolución N° 142 de 30 de marzo de 2016 por medio de la cual se decidió "Corregir la Resolución N° 141 del 30 de marzo de 2016, en el sentido de que la fecha de su expedición fue el día 29 de marzo de 2016 y no del 30 de marzo como quedó registrado(..)".

TERCERO: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la entidad accionada deberá reintegrar al señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS** en el cargo que ocupaba, o en otro de igual o superior categoría.

CUARTO: Que en consecuencia y como restablecimiento del derecho la entidad accionada deberá pagar al señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**, el valor de todos los sueldos, primas, bonificaciones, prima técnica, vacaciones y todos los demás emolumentos que hubiere dejado de percibir, junto con todos los incrementos legales que hayan podido producirse desde la fecha en la cual fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo y hasta aquella en que sea efectivamente reintegrado a éste.

QUINTO: Que se condene a las entidades accionadas al pago de todos los perjuicios de orden moral y daño a la vida de relación, causados al señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**, como consecuencia de la expedición de las Resoluciones objeto de la presente demanda.

SEXTO: Considerase para todos los efectos legales y especialmente, para los relacionados con el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales que no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados en **LA DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA**, por el señor **GERARDO HERNANDEZ BARAJAS**, desde la fecha en la cual fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo hasta aquella en que sea efectivamente reintegrado al servicio.

SEPTIMO: La entidad demandada pagará al demandante la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden cuya existencia emerja de este asunto, sin limitaciones de índole alguna, tal y como lo estipula el artículo 16 de la Ley 446 de julio 07 de 1.998, cuyo contenido es del siguiente tenor:

"Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."

OCTAVO: La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 192 del CPACA.

NOVENO: Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 89, 192, 194, 195, del CPACA.

HECHOS Y OMISIONES

1. La DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA, expidió las siguientes Resoluciones:

- a. Resolución N° 00141 de 30 de marzo de 2016 por medio de la cual se decidió *“Declarar la insubsistencia el nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.340.291 expedida en Piedecuesta, en el cargo de COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, adscrito a la Planta de cargos del Director general, de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN, que se le hizo mediante Resolución No. 061 del 21 de febrero de 2011.”*
- b. Resolución N° 142 de 30 de marzo de 2016 por medio de la cual se decidió *“Corregir la Resolución N° 141 del 30 de marzo de 2016, en el sentido de que la fecha de su expedición fue el día 29 de marzo de 2016 y no del 30 de marzo como quedó registrado.(.)”.*

2. SOBRE LA CONDICIÓN DE PREPENSIONADO DEL ACTOR

No hay duda que el actor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, el 29 de marzo de 2016, reunía los requisitos para obtener el reconocimiento pensional.

Esta afirmación se hace, por cuanto mediante Resolución N° 2014 - 10745945 de 12 de junio de 2015, expedida por COLPENSIONES le fue reconocida su pensión de vejez.

3. La anterior situación mi representado la dio a conocer al Dr. RAFAEL HORACIO NUÑEZ.LATORRE, Director de Tránsito de Bucaramanga para la época, a través de oficio de fecha 13 de junio de 2015, recibido el mismo día en dicha entidad, cuyo contenido es del siguiente tenor:

*“Doctor
RAFAEL HORACIO NUÑEZ LATORRE
Director de Tránsito de Bucaramanga
E.S.D.*

Referencia: Resolución N° GNR 173735 DE COLPENSIONES

En atención a la Resolución de la referencia, la cual en su artículo segundo reza: "...atendiendo las disposiciones del Decreto 2245 de 2012, la presente pensión será ingresada en la nómina hasta tanto el o los interesados hagan llegar a través del correo electrónico, el medio de prueba conducente a establecer el retiro del servicio público del pensionado, garantizando con esto la no solución de continuidad...", me permito informar que no es mi deseo hacer uso del retiro del servicio público.

De acuerdo a lo anterior y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, solicito no ser ingresado en nómina de pensionados y preservar el derecho a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad, y de esta forma mejorar el quantum pensional que me asiste por principio de inescindibilidad, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral que emana del contenido del artículo 53 de la carta Política, toda vez que resulta de mejor beneficio para mi como trabajador....”

- 4. Con la expedición de las Resoluciones N°s. 141 y 142 de 30 de marzo de 2016, el Director de Tránsito de Bucaramanga desconoció los artículos 36 y 150 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional.
- 5. De conformidad con la Resolución N° 2014 -10745945 de 12 de junio de 2015 expedida por COLPENSIONES, el derecho pensional del actor se concretó el 22 de marzo de 2012, teniendo en cuenta que a esa fecha completo más de 20 años de servicio y 55 años de edad.
- 6. Cuando se le reconoció su derecho a la pensión, mi poderdante gozaba del régimen de transición.
- 7. Como se expuso, el actor informó su situación a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga mediante oficio de fecha 13 de junio de 2015, recibido el mismo día en dicha entidad, manifestando que era su deseo continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso para mejorar su monto pensional.
- 8. Así, encontrándose inmerso el actor dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio de éste -

que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad-, válidamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto *"que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución"*, precisando además en su párrafo único, que *"no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso"*.

9. Significa lo anterior, que el derecho consolidado por el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993, acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el mismo y de mejorar el quantum pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política.

10. Ahora, debe precisarse además, que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1°, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, **conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores**, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, **para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes** de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes.

11. La situación jurídica pensional del actor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS está al abrigo del régimen de transición y por supuesto amparada por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.

12. Sin embargo, el Director de Tránsito de Bucaramanga ignoró el deber constitucional de amparo, al desconocer que mi representado ostentaba una situación jurídica consolidada y amparada en todo caso por el régimen de transición en la forma anteriormente expuesta.

- 13. Por las circunstancias anotadas, deben ampararse los derechos vulnerados por la entidad accionada con la expedición de las Resoluciones N°s. 141 y 142 de 30 de marzo de 2016, reconociendo que, en tanto el actor había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que lo reenvía a la vigencia de la Ley 33 de 1985, y conforme al artículo 150 parágrafo de la Ley 100 de 1993 para efectos de retiro, resulta evidente, que con la declaratoria de insubsistencia del cargo, no era posible en la forma como aparece, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.
- 14. Procede por lo tanto, el amparo de los derechos constitucionales de mi representado, por cuanto la entidad accionada debió preservar y amparar el derecho del actor a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad.
- 15. El Gobierno Nacional expidió la Ley 1310 de junio 26 de 2009, *"Mediante el cual se unifican normas sobre agentes de tránsito y transporte y grupos de control vial de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones"*.

En el artículo 6° se indica:

Artículo 6°. Jerarquía. Es la organización interna del grupo de control vial que determina el mando en forma ascendente o descendente. La jerarquía al interior de estos cuerpos para efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta ley, será lo determinado en el presente artículo.

La profesión de agente de tránsito por realizar funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología como policía judicial, pertenecerá en carrera administrativa al nivel técnico y comprenderá los siguientes grados en escala descendente:

CODIGO	DENOMINACION	NIVEL
290	Comandante de Tránsito	Profesional
338	Subcomandante de Tránsito	Técnico
339	Técnico Operativo de Tránsito	Técnico
340	Agentes de Tránsito	Técnico

"(...)

- 16. El artículo 125 de la Constitución Política indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

La clasificación de los empleos de las entidades sometidas al sistema general de carrera administrativa se encuentra establecida en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, que prevé la regulación de las excepciones al sistema de carrera, es decir, los empleos que se catalogan como de libre nombramiento y remoción en los órdenes nacional y territorial.

Así, la clasificación de empleos es competencia **de la ley**, de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, no siendo viable afirmar que con la modificación del manual de funciones, se cambia el carácter de los empleos.

Teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 1310 de 2009 el empleo de Comandante de Tránsito, por virtud de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 **es de carrera administrativa**, su provisión debe hacerse de forma definitiva por concurso abierto de méritos.

Mientras se surte este proceso, el Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", dispone:

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera. *De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.*

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

- 17. Desde la expedición del Decreto 1083 de 2015, el cargo desempeñado por mi poderdante tiene el carácter de provisional, y por tanto para la expedición de los actos demandados se requería de una especial motivación.
- 18. En el caso concreto se tiene que, el acto administrativo de retiro del servicio del demandante, quien de conformidad con la Ley 1310 de 2009 **ocupaba un cargo de carrera administrativa a la fecha en la que se produjo el retiro** (art. 5 Ley 909 de 2004 y así se deduce del contenido del oficio N° 20164000084771 de 20 de abril de 2016 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública y que se adjunta) fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004), y en vigencia del Decreto 1083 de 2015 (Publicado en el Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015), razón por la

cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 41 ídem, esto es, el acto administrativo debió motivarse.

19. El actual Director de Tránsito de Bucaramanga, expidió las resoluciones impugnadas sin motivación alguna, desconociendo el precedente contenido en la Sentencia SU-917/10 de la Corte Constitucional, que indica que por tratarse de un nombramiento en provisionalidad, requería de una especial motivación en su expedición.

20. Como lo ha expresado el H. Consejo de Estado, la competencia para el retiro de los empleos de carrera, como el de *COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional*, de la planta de cargos de Dirección de Tránsito de Bucaramanga, es una competencia reglada, lo que quiere decir que, sólo procede por las causales consagradas en la Constitución Política y la Ley (art. 41, parágrafo 2º ídem) y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado.

21. A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.

22. La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos¹ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia tanto de la Ley 909 de 2004 como del Decreto 1083 de 2015, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte Constitucional había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Decreto. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

23. La consecuencia jurídica inmediata del amparo solicitado, es el reintegro del actor al cargo desempeñado o a uno de similar categoría, junto con el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo.

¹ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

- 67
24. Los actos administrativos que separaron del servicio civil al actor en la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA violan normas superiores de derecho a las cuales aquellos deben estar sujetos en el marco del PRINCIPIO DE LEGALIDAD, así como son fruto de la desviación de poder por parte de la autoridad nominadora.
25. Los actos acusados violan el derecho individual del demandante al trabajo y a la estabilidad laboral y además aquellos, como expresión de la voluntad de la administración, no consultan el presupuesto jurídico del BUEN SERVICIO PÚBLICO.
26. El egreso del actor de la administración pública no puede imputarse a razones del buen servicio público, pues la entidad accionada se demoró varios días en nombrar el reemplazo del actor, en un cargo de alta relevancia en el funcionamiento de la Entidad, por tanto esta omisión no garantizó una buena gestión en la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA. El reemplazo fue designado el día 07 de abril de 2016 y tomó posesión ese mismo día.
27. Los actos acusados fueron expedidos con **desviación de poder**, porque su expedición no estaba encaminado al mejoramiento del BUEN SERVICIO PÚBLICO, lo cual conlleva a la declaratoria de su nulidad.
28. Se tiene pues que la presunción de legalidad que ampara los actos acusados se desvirtuaron, ya que como se alega, los actos enjuiciados no se profirieron en aras del buen servicio público.
29. Me ha sido otorgado poder suficiente para entablar la presente conciliación prejudicial.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El acto acusado desconoce los artículos 1, 2, 6, 25, 48, 53, 125, 209, 48 Y 53 de la Constitución Política; Artículos 3 y 44 del CPACA. Desconoció además, los artículos 36 y 150 de la Ley 100 de 1993; desconoció de igual forma la orden contenida en la Sentencia 1037 de 2003 de la Corte Constitucional y los precedentes jurisprudenciales contenidos en las sentencias 1516-09 y 2533-07 del H. Consejo de Estado; desconoció la Ley 1310 de 2009; el Decreto 1083 de 2013, la sentencia SU 917 de 2010; Ley 909 de 2004 artículo 41; Decreto 1227 de 2005, artículo 10, y la normatividad ya relacionada.

Las disposiciones Constitucionales que se relacionan en primer lugar establecen las condiciones para el ejercicio del poder público por parte de la Administración Pública; de donde surge la exigencia, para las autoridades de la República, de proteger a las personas en su vida, honra y bienes, a fin de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; además, está la consideración de que el trabajo es una

obligación social que debe ser protegida por el Estado; por consiguiente, hay responsabilidad de los funcionarios y un régimen especial para el ejercicio de la facultad de remoción de empleados. El acto administrativo demandado quebranta en forma manifiesta tales preceptos, por cuanto desconoció la obligación pública de proteger el trabajo, pues se supone que el administrador público es el primer obligado a respetar las normas que regulan la función pública. (Práctica Contenciosa Administrativa. PEDRO LAMPREA. Pag. 425).

PRIMERA CAUSAL DE NULIDAD

CARGO DE NULIDAD: LOS ACTOS DEMANDADOS FUERON EXPEDIDOS CON INFRACCIÓN DE LAS NORMAS SUPERIORES EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE

El acto enjuiciado se acusa por haber sido proferido mediante con **infracción de las normas en que deberían fundarse**, causal consagrada en el artículo 137 del CPACA, en los siguientes términos:

Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con **infracción de las normas en que deberían fundarse**, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Negrillas fuera de texto).

- El artículo 44 del CPACA preceptúa:

Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

El nominador, con el acto de insubsistencia no persiguió razones del buen servicio público, pues el acto enjuiciado fue expedido mediante con infracción de las normas en que debería fundarse.

Aporto pruebas que acreditan que el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS prestó sus servicios en la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA en el lapso indicado en los hechos.

En los archivos de la entidad accionada reposa la hoja de vida de mi representado.

La experiencia adquirida por mi poderdante al servicio de la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA, su preparación académica, le permitían desempeñar con solvencia al señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, las responsabilidades en su cargo, que ejercía en la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA, y que desempeñó durante más de 37 años, como se demuestra con las pruebas aportadas al plenario y las demás que en su oportunidad se recaudarán.

Nuestra Constitución Política dispuso en su artículo 48:

Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Nuestra Constitución Política dispuso en su artículo 53 :

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

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo**; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (negritas y subrayado fuera de texto).

De conformidad con la Resolución N° 2014 -10745945 de 12 de junio de 2015 expedida por COLPENSIONES, el derecho pensional del actor se concretó el 22 de marzo de 2012, teniendo en cuenta que a esa fecha completo más de 20 años de servicio y 55 años de edad.

Como se expuso, el actor informó su situación a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga mediante oficio de fecha 13 de junio de 2015, recibido el mismo día en dicha entidad, manifestando que era su deseo continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso para mejorar su monto pensional.

Así, encontrándose inmerso el actor dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio de éste - que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad-, válidamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto *"que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución"*, precisando además en su parágrafo único, que *"no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso"*.

Significa lo anterior, que el derecho consolidado por el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993, acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el mismo y de mejorar el quantum pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política.

Ahora, debe precisarse además, que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1°, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, **conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores**, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, **para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes** de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes.

Elo supone que las modificaciones a la Ley 100, introducidas por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, ^{no} eran aplicables al demandante y por supuesto estaba amparado por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.

Por las circunstancias anotadas, deben anularse los actos administrativos demandados, reconociendo que, en tanto el actor había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que lo reenvía a la vigencia de la Ley 33 de 1985, y conforme al artículo 150 parágrafo de la Ley 100 de 1993 para efectos de retiro, resulta evidente, que su exclusión del servicio no era posible, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Procede así mismo, la nulidad deprecada, por cuanto se debió preservar y amparar el derecho del actor a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad.

La Resolución impugnada, expedida por la entidad accionada por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, no persiguió razones del buen servicio público.

SEGUNDA CAUSAL DE NULIDAD
CARGO DE VIOLACIÓN: FALSA MOTIVACIÓN

El acto enjuiciado se acusa por haber sido proferido mediante **FALSA MOTIVACION**, causal consagrada en el artículo 137 del CPACA, en los siguientes términos:

Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o **mediante falsa motivación**, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Negrillas fuera de texto).

- El artículo 44 del CPACA preceptúa:

Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

El nominador, con el acto de retiro no persiguió razones del buen servicio público, pues el acto enjuiciado fue expedido mediante falsa motivación.

Frente a la formulación del cargo de *Falsa Motivación* la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que:

*"Esta Sala precisa que el cargo que se estudia no está bien formulado, porque de acuerdo con la jurisprudencia de ésta Corporación, la falsa motivación como vicio de ilegalidad del acto administrativo, puede estructurarse cuando en las consideraciones que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico."*²

El cargo ocupado por mi poderdante *COMANDANTE, CÓDIGO 290, GRADO 01, NIVEL PROFESIONAL*, es un cargo de carrera que ocupaba mi representado en provisionalidad, de conformidad con la Ley 1310 de 2009, artículo 6, en armonía con el artículo ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera del Decreto 1083 de 2015 en consonancia con la Ley 909 de 2004.

De manera pues que de conformidad con la Ley 1310 de 2009 el empleo de Comandante de Tránsito, por virtud de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 en consonancia con el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015, **es de carrera administrativa**, su provisión debe hacerse de forma definitiva por concurso abierto de méritos.

Mediante las Resoluciones impugnadas la entidad accionada decidió dar por terminado el nombramiento en provisionalidad realizado a mi representado, **sin motivación alguna**, alegando que el empleo desempeñado por mi representado es de libre nombramiento y remoción; contrariando los derroteros que al respecto trazó la Corte Constitucional en la sentencia SU- 917 – 10, por cuanto el acto administrativo acusado se limitó a hacer referencia a la discrecionalidad para remover a un empleado de libre nombramiento y remoción, desconociendo que en virtud de las normas mencionadas en el párrafo que anteceden, el empleo desempeñado por mi representado es de carrera administrativa

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado. Sentencia de 18 de agosto de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00753-01(0532-08)

desempeñado en provisionalidad; desconociendo los lineamientos contenidos en la sentencia SU-917-10, mencionada, en la cual se indicó:

b.- Contenido de la motivación

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”³. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”⁴.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”⁵.

(...)

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”⁶, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario⁷. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias⁸. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen “*explicitas*” en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración⁹, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “*implicita*” de los actos administrativos.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

⁹ En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”, al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, “*Las razones del Derecho*”.

(....)

5.5.- Vicio de nulidad por falta de motivación de los actos de retiro de cargos en provisionalidad.

La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En la jurisprudencia específica sobre el asunto que ahora es objeto de análisis, esta Corporación ha precisado en forma reiterada que la motivación es un requisito de validez donde los actos que carecen de ella están viciados de nulidad¹⁰. Por ello ha señalado que en estos casos “basta considerar las disposiciones constitucionales que rigen el retiro con sujeción al debido proceso en los cargos y entidades del Estado en general y en la Fiscalía General de la Nación en particular”¹¹.

En la reciente sentencia T-736 de 2009, siguiendo la línea trazada en la amplia jurisprudencia constitucional, esta Corporación sostuvo de manera categórica lo siguiente:

La Corte ha subrayado la necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario o a una funcionaria nombrada en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera porque resulta indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación”. (Resaltado fuera de texto).

En suma, la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad conduce inexorablemente a la nulidad del acto por violación de normas superiores, en este caso de jerarquía constitucional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin ha previsto el ordenamiento jurídico, particularmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, como se explica a continuación.

Con lo anterior queda claro que el nombramiento de un empleado de carácter provisional tiene un procedimiento especial, supeditado en primera medida, al encargo del personal que se encuentre en carrera y cumpla con los requisitos del cargo vacante y segundo, en caso de no existir el empleado de carrera a encargar, realizar el procedimiento establecido para el nombramiento previo autorización de la Comisión Nacional de Servicio Civil. Por su parte el retiro debe ser motivado, sin que esto implique equiparar los empleados provisionales a los que se encuentren en carrera, por encontrarse en una situación administrativa diferente, solo se debe tener en cuenta razones claras, detalladas y precisas, ajustadas a la realidad, teniendo como fundamento la normatividad vigente.

Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, “La Argumentación en el Derecho”. Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, “Argumentación y sentencia”. En: Revista DOXA 21, 1998.

¹⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-250/98, C-371 de 1999, T-1206 de 2004, T-132 de 2007, T-736 de 2009, entre otros.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2006.

El acto acusado fue expedido con infracción de la Ley por inexistencia de motivación Constitucional por cuanto el acto demandado no cumple con el estándar de motivación constitucional establecido en la Sentencia de Unificación SU-917/2010, y en esos términos los considerandos de dicho acto, en la forma como aparece en las Resoluciones impugnadas, no se refieren a la relación laboral individual sostenida entre el demandante con la entidad demandada, por lo que se está frente una motivación insuficiente desde la perspectiva administrativa laboral e inexistente en la órbita de la jurisprudencia constitucional regulada ya que no reúne los requisitos para su validez por ser genérica, ambigua y por omitir referirse al interesado de forma expresa, y que en ese orden el acto impugnado adolece de nulidad por ser contrario al artículo 29 C.N.

Existe insuficiencia de motivación legal para la desvinculación porque, se reitera, con la expedición de la Ley 1310 de 2009 el empleo de Comandante de Tránsito, por virtud de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 en consonancia con el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015, **es de carrera administrativa**, su provisión debe hacerse de forma definitiva por concurso abierto de méritos.

El acto acusado fue expedido por el Ente demandado, en forma irregular, pues en su parte considerativa no hay referencia a los hechos y circunstancias fácticas que motivaron el acto que declara la terminación de la provisionalidad, haciendo referencia a la discrecionalidad, cuando en tratándose de provisionalidad ésta no opera.

El acto acusado adolece de graves vicios que lo hacen anulable tales como infracción de la Ley, falta de motivación (Constitucional) e insuficiente motivación (legal).

Respecto a la Infracción por inexistente motivación constitucional, el acto acusado, es ambiguo, genérico, omitió referirse a la relación laboral entre el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS y la Dirección de Tránsito de Bucaramanga; no indicó las causas concretas y relevantes para proceder a la desvinculación, y por ello no cumple con el estándar de motivación constitucional que se estableció en la Sentencia De Unificación 917/2010, referido a que en el acto deben constar de manera clara, detallada y precisa las circunstancias particulares y concretas de hecho y de derecho que motivan la decisión.

En lo que concierne a la insuficiente motivación legal, la entidad demandada desvinculó un empleado que ostentaba un cargo en provisionalidad, el cual podía continuar en el tiempo mientras se proveyera el cargo en propiedad; en el asunto no se configuraron justas causas constitucionales para la desvinculación laboral del demandante y que precisamente por esa inexistencia debe declararse la nulidad del acto acusado.

Pues bien, en líneas anteriores se precisó que el acto impugnado se encontraba motivado en la forma como se señaló y adrede nada apuntó sobre la constitucionalidad o legalidad de las razones utilizadas como motivación que conllevó a la final decisión.

Respecto a la motivación señala el Consejo de Estado en sentencia de 12 de abril de dos mil doce (2012), C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Sección Segunda – Subsección “A”, Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00378-00, que:

“Frente el contenido de la motivación correspondiente, debe entenderse que esta no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

“(…) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.(…)

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó:

“Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no

pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”.

Revisado una vez más el acto impugnado, se tiene que la razón dada por la administración para desvincular al señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS consistió básicamente en la discrecionalidad para remover un empleado de libre nombramiento y remoción; se advierte que el fundamento utilizado por la entidad demandada no estuvo referido a la provisión del cargo por haberse realizado el concurso de méritos, o por sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria, así como tampoco obedeció a otra razón específica atinente al servicio prestado. En esos términos, la motivación que allí aparece, no hace parte de las justas causas legales y constitucionales susceptibles de ser utilizadas cuando se pretende declarar la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, en sentir del precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional.

Ante esas circunstancias los actos administrativos acusados deben declararse nulos por los cargos de infracción por inexistente motivación constitucional e insuficiente motivación legal invocados.

Es así como las mentada Resoluciones 141 y 142 de 30 de marzo de 2016 devienen nulas, y se desvirtúa con toda razón la presunción de legalidad que acompañan los actos administrativos.

ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

- 1. Desde la fecha en la cual fue declarado insubsistente el nombramiento en el cargo ejercido por mi representado (29 de marzo de 2016), hasta la fecha actual, han transcurrido 3 meses.
- 2. Si mi poderdante devengaba un sueldo mensual de \$3.667.667.00, al multiplicar esta suma en por 90 días, nos arroja un monto de \$3.667.6673.00.

TOTAL DEJADO DE DEVENGAR HASTA LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA:.....\$ 3.667.667.00, más los factores de prima, vacaciones, y demás emolumentos señalados en la ley, por tanto se estima la cuantía en la suma aproximada de \$10'000.000.00, sin perjuicio de lo que se logre probar en el proceso.

DAÑO MORAL Y DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.

Estimo estos perjuicios en 100 Salarios mínimos legales mensuales.

689.455 x 100 = **\$68'945.500.00**

Sin perjuicio de lo que se logre probar dentro del proceso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

Se solicita al señor Juez ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 del CPACA.

PROCEDIMIENTO

A la presente demanda se aplicará el procedimiento consagrado en el Capítulo V, del Título V del CPACA.

COMPETENCIA

El Juzgado Administrativo del Circuito de Bucaramanga – Reparto , es competente para conocer de este proceso en primera instancia, con base en lo dispuesto por el artículo 155 numeral 2º del CPACA., por cuando mi poderdante ha dejado de percibir la suma de \$10'000.000.00, desde la fecha de expedición del acto impugnado.

MEDIDA CAUTELAR

De conformidad con lo previsto en los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, con todo respeto solicito la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS** identificados como Resolución N° 00141 de 30 de marzo de 2016 y Resolución N° 142 de 30 de marzo de 2016, proferidos por el Director General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, medida prevista en el numeral 3º del artículo 230 del CPACA.

PRIMER ARGUMENTO

La manifiesta violación en que incurrió la Dirección de Tránsito de Bucaramanga al expedir los actos demandados queda en evidencia con el simple contraste entre su decisión de "*Declarar la insubsistencia del nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ*", y las normas superiores aplicables en esta materia, por cuanto consta en la Resolución N° 2014_10745945 de 12 de junio de 2015 expedida por COLPENSIONES (que se aporta), que el derecho pensional del actor se concretó el 22 de marzo de 2012 teniendo en cuenta que a esa fecha tenía más de 20 años de servicio y 55 años de edad, quien aportó para continuar laborando hasta el momento en que se produjo su retiro intempestivo del servicio.

Así, encontrándose inmerso el actor dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio de éste -que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad-, válidamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto *"que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución"*, precisando además en su parágrafo único, que *"no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso"*.

Significa lo anterior, que el derecho consolidado por el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993, acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el mismo y de mejorar el quantum pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política.

Ahora, debe precisarse además, que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1º, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, **conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores**, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, **para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes** de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes.

Ello supone que las modificaciones a la Ley 100, introducidas por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, no eran aplicables al demandante por cuanto a la fecha de expedición del nuevo precepto, su situación jurídica pensional ya estaba completamente definida al abrigo del régimen de transición que le asistía, y por supuesto amparada por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.

Sin embargo, la Dirección de Tránsito de Bucaramanga ignoró el deber constitucional de amparo al ejercer sobre la situación particular del actor la facultad que induce la previsión del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, cuando éste ostentaba una situación jurídica consolidada y amparada en todo caso por el régimen de transición en la forma anteriormente expuesta.

Por las circunstancias anotadas, deben **SUSPENDERSE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS**, reconociendo que, en tanto el actor había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que lo reenvía a la vigencia de la Ley 33 de 1985, y conforme al artículo 150 parágrafo de la Ley 100 de 1993 para efectos de retiro, resulta evidente, que su exclusión del servicio no era posible mediante el procedimiento que aplicó la Administración, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Procede por lo tanto, la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS**, por cuanto la entidad accionada debió preservar y amparar el derecho del actor a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad.

La consecuencia jurídica inmediata de la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS**, es el reintegro del demandante al cargo desempeñado o a uno de similar categoría, junto con el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta la fecha en que se profiera sentencia definitiva.

ACTOS DEMANDADOS Y CONFRONTACIÓN CON LAS NORMAS SUPERIORES INVOCADAS COMO VIOLADAS:

Resolución N° 2014_10745945 de 12 de junio de 2015 expedida por COLPENSIONES	RESOLUCION N° 00141 DE 30 DE MARZO DE 2016	RESOLUCION N° 00142 DE 30 DE MARZO DE 2016	LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 36	LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 150	ARTÍCULOS 48 Y 53 DE LA CONSTITUCION NACIONAL
Reconoce que el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS consolidó su derecho a la pensión el 22 de marzo de 2012 de conformidad con el artículo 1º de la Ley 33	El Director General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, RESUELVE: <i>"Declarar la insubsistencia del nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.340.291 expedida en Piedecuesta, en el cargo de</i>	El Director General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, RESUELVE: <i>"Corregir la Resolución N° 141 del 30 de marzo de 2016, en el sentido de que la fecha de su expedición fue el día 29 de marzo de 2016 y no del 30 de marzo como quedó</i>	ARTICULO. 36.- <u>Reglamentado por el Decreto Nacional 2527 de 2000.</u> Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la	<i>ARTICULO. 150.- Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la</i>	PREVEN LA GARANTÍA DEL DERECHO IRRENUNCIABLE A LA SEGURIDAD SOCIAL Y CON ÉSTA LA DE LOS DEMÁS DERECHOS QUE DE ELLO SE DESLINDAN COMO EL DERECHO AL PAGO OPORTUNO, AL REAJUSTE PERIÓDICO DE LA PENSIÓN Y A LA RELIQUIDACIÓN

<p>COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, adscrito a la Planta de cargos del Director general, de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN, que se le hizo mediante Resolución No. 061 del 21 de febrero de 2011."</p>	<p>registrado.(..)"</p>	<p>pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.</p> <p>El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, <u>cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.</u> El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995. Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el</p>	<p>pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.</p> <p>PARAGRAFO.- No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.</p>	<p>DE LA MISMA. AMPARAN LOS DERECHOS PENSIONALES</p>
---	-------------------------	---	---	--

			<p>cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.</p> <p>Inciso declarado</p> <p>CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.</p> <p>Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.</p> <p>PARAGRAFO.- Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.</p>		
--	--	--	--	--	--

SEGUNDO ARGUMENTO

La manifiesta violación en que incurrió la Dirección de Tránsito de Bucaramanga al expedir los actos demandados queda en evidencia con el simple contraste entre su decisión de "Declarar la insubsistencia del nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.340.291 expedida en Piedecuesta, en el cargo de COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, adscrito a la Planta de cargos del Director general, de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN, que se le hizo mediante Resolución No. 061 del 21 de

febrero de 2011." y las normas superiores aplicables en esta materia: Ley 1310 de 2009 artículo 6º; artículo 125 de la Constitución Nacional; Decreto 1083 de 2015 ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales; artículo 41 parágrafo 2 de la Ley 909 de 2004; Sentencia SU 917 de 2010 de la Corte Constitucional.

ACTOS DEMANDADOS Y CONFRONTACIÓN CON LAS NORMAS SUPERIORES INVOCADAS COMO VIOLADAS:

RESOLUCION Nº 00141 DE 30 DE MARZO DE 2016	RESOLUCION Nº 00142 DE 30 DE MARZO DE 2016	Ley 1310 de 2009 artículo 6º	Artículo 125 de la Constitución Nacional	Decreto 1083 de 2015 ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales	Artículo 41 parágrafo 2 de la Ley 909 de 2004	Sentencia SU 917 de 2010 de la Corte Constitucional.
<p>CONSIDERANDO: Que el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia prevé como excepción a la regla general de carrera, entre otras, los empleos de libre nombramiento y remoción. Que los cargos de libre nombramiento y remoción implican potestad discrecional reglada del nominador en atención a la naturaleza de sus funciones, circunstancia que le habilita para rodearse de personas de toda su confianza, que le permitan encarnar y materializar las políticas administrativas y las estrategias para el desarrollo de la misión institucional. 3. Así mismo, que en aras del interés institucional, el nominados – en ejercicio de su poder discrecional – pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo y alcanzar los fines institucionales. 4. Que el Manual de Funciones de la</p>	<p>El Director General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, RESUELVE: <i>"Corregir la Resolución Nº 141 del 30 de marzo de 2016, en el sentido de que la fecha de su expedición fue el día 29 de marzo de 2016 y no del 30 de marzo como quedó registrado.(..)"</i>.</p>	<p>Artículo 6º. Jerarquía. Es la organización interna del grupo del control vial que determina el mando en forma ascendente o descendente. La jerarquía al interior de estos cuerpos para efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta ley, será lo determinado en el presente artículo.</p> <p>La profesión de agente de tránsito por realizar funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relaciones con la aplicación de la ciencia y la tecnología como policía judicial, pertenecerá en carrera administrativa al nivel técnico y comprenderá los siguientes grados en escala descendente:</p> <p>CODIGO DENOMINACION</p>	<p>ARTICULO 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.</p>	<p>ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera. <i>De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargos con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.</i></p> <p><i>Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.</i></p>	<p>Parágrafo 2º. 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.</p>	<p>En suma, la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad conduce inexorablemente a la nulidad del acto por violación de normas superiores, en este caso de jerarquía constitucional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin ha previsto el ordenamiento jurídico, particularmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, como se explica a continuación.</p>

<p>Dirección de Tránsito de Bucaramanga, aprobado mediante Resolución N° 062 del 21 de febrero de 2011, que modificó la Resolución N° 406 del 5 de noviembre de 2007 y fue adicionado en un cargo de asesor mediante Acuerdo 012 del 28 de agosto de 2013 del Consejo Directivo de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga y Resolución N° 458 de agosto 30 de 2013, identifica y clasifica los empleos de la Planta General de Personal. 5. Que el empleo cuya denominación corresponde a "Comandante Código 290, Grado 01, Nivel profesional", adscrito a la Planta de cargos del Director General, es de LIBRE NOMBRAMIENTO O Y REMOCIÓN.</p> <p>RESUELVE: <i>"Declarar la insubsistencia el nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.340.291 expedida en Piedecuesta, en el cargo de COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, adscrito a la Planta de cargos del Director general, de LIBRE NOMBRAMIENTO O Y REMOCIÓN, que se le hizo mediante Resolución No. 061 del 21 de febrero de 2011."</i></p>		<p>NIVEL 290 Comandante de Tránsito Profesional 338 Subcomandante de Tránsito Técnico 339 Técnico Operativo de Tránsito Técnico 340 Agentes de Tránsito Técnico</p>				
---	--	---	--	--	--	--

El Gobierno Nacional expidió la Ley 1310 de junio 26 de 2009, "Mediante el cual se unifican normas sobre agentes de tránsito y transporte y grupos de control vial de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones".

En el artículo 6º se indica:

Artículo 6º. Jerarquía. Es la organización interna del grupo de control vial que determina el mando en forma ascendente o descendente. La jerarquía al interior de estos cuerpos para efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta ley, será lo determinado en el presente artículo.

La profesión de agente de tránsito por realizar funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología como policía judicial, pertenecerá en carrera administrativa al nivel técnico y comprenderá los siguientes grados en escala descendente:

CODIGO	DENOMINACION	NIVEL
290	Comandante de Tránsito	Profesional
338	Subcomandante de Tránsito	Técnico
339	Técnico Operativo de Tránsito	Técnico
340	Agentes de Tránsito	Técnico

"(...)

El artículo 125 de la Constitución Política indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

La clasificación de los empleos de las entidades sometidas al sistema general de carrera administrativa se encuentra establecida en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, que prevé la regulación de las excepciones al sistema de carrera, es decir, los empleos que se catalogan como de libre nombramiento y remoción en los órdenes nacional y territorial.

Así, la clasificación de empleos es competencia de la ley, de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, no siendo viable afirmar que con la modificación del manual de funciones, se cambia el carácter de los empleos.

Teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 1310 de 2009 el empleo de Comandante de Tránsito, por virtud de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 **es de carrera administrativa**, su provisión debe hacerse de forma definitiva por concurso abierto de méritos.

Mientras se surte este proceso, el Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", dispone:

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera. *De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.*

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Desde la expedición del Decreto 1083 de 2015, el cargo desempeñado por mi poderdante tiene el carácter de provisional, y por tanto para la expedición de los actos demandados se requería de una especial motivación.

En el caso concreto se tiene que, el acto administrativo de retiro del servicio del demandante, quien de conformidad con la Ley 1310 de 2009 **ocupaba un cargo de carrera administrativa a la fecha en la que se produjo el retiro** (art. 5 Ley 909 de 2004 y así se deduce del contenido del oficio N° 20164000084771 de 20 de abril de 2016 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública y que se adjunta) fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004), y en vigencia del Decreto 1083 de 2015 (Publicado en el Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015), razón por la cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 41 ídem, esto es, el acto administrativo debió motivarse.

El actual Director de Tránsito de Bucaramanga, expidió las resoluciones impugnadas sin motivación alguna, desconociendo el precedente contenido en la Sentencia SU-917/10 de la Corte Constitucional, que indica que por tratarse de un nombramiento en provisionalidad, requería de una especial motivación en su expedición.

Como lo ha expresado el H. Consejo de Estado, la competencia para el retiro de los empleos de carrera, como el de *COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional*, de la planta de cargos de La Dirección de Tránsito de Bucaramanga, es una competencia reglada, lo que quiere decir que, sólo procede por las causales consagradas en la Constitución Política y la Ley (art. 41, Ley 909 de 2004 parágrafo 2º) y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado.

A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos¹² de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte Constitucional había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Decreto. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

La consecuencia jurídica inmediata del amparo solicitado, es el reintegro del actor al cargo desempeñado o a uno de similar categoría, junto con el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo.

PRUEBAS

Desde ahora solicito se tengan como pruebas, con el valor probatorio que la ley les otorga, acorde con las reglas de la sana crítica, las copias de los actos cuya nulidad demando y que acompaño a este libelo, así como los demás documentos que se anexan a la demanda.

DOCUMENTALES APORTADAS CON EL LIBELO DEMANDATORIO

1. **REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD:** Adjunto acta expedida por la Señora Procuradora 100 para Asuntos Administrativos, de la cual se infiere que se agotó el requisito de procedibilidad.

- 2. Poder para actuar.
- 3. Poder expreso para conciliar.
- 4. Resolución N° 141 de 30 de marzo de 2016.
- 5. Resolución N° 142 de 30 de marzo de 2016.
- 6. Certificado de fecha 27 de abril de 2016 expedido por la Asesora del Grupo de Gestión del Talento Humano de la entidad accionada, certificando tiempo de servicio y sueldo de mi representado.
- 7. Resolución N° 2014-10745945 de 12 de junio de 2015 expedida por COLPENSIONES.
- 8. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de mi representado.
- 9. Oficio de 13 de julio de 2015 dirigido a la DIRECCION DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA por mi poderdante informando el reconocimiento de su pensión y manifestando su deseo de continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso , con el objeto de mejorar el quantum pensional.
- 10. Oficio N° 186-2016 de 11 de abril de 2016 dirigido a COLPENSIONES por la Dirección de Tránsito de Bucaramanga.
- 11. Correo electrónico dirigido a COLPENSIONES por la Dirección de Tránsito de Bucaramanga de fecha 13 de abril de 2016
- 12. Resolución N° 062 de febrero 21 de 2011.
- 13. Resolución N° 154 de 07 de abril de 2016.
- 14. Oficio N° 2016000084771 de 20 de abril de 2016 emanado del Departamento Administrativo de la Función Pública.
- 15. CD contentivo de la hoja de vida de mi representado.
- 16. Sentencias 1516-09 y 2533-07 del H. Consejo de Estado.

INSPECCIÓN JUDICIAL

En caso de ser necesario solicito su decreto y práctica con el objeto de verificar lo solicitado en el acápite de DOCUMENTALES MEDIANTE OFICIO.

INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS:

Se practicará inspección judicial con perito en las instalaciones y/o dependencias cuya necesidad de ser inspeccionada surja de las diligencias, con exhibición, con el objeto de establecer los hechos expuestos.

Las demás pruebas que el Señor Juez considere viable decretar.

¹² La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

ANEXOS

Se acompañan los siguientes:

- 1. Memorial-poder otorgado a la suscrita por el actor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS.
- 2. Las relacionadas en el acápite denominado "DOCUMENTALES APORTADAS CON EL LIBELO DEMANDATORIO"
- 3. Copia de la demanda con sus anexos para el traslado a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga; Al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; una copia adicional, sin anexos, para el archivo del Juzgado.
- 4. Copia de la demanda en medio digital.

NOTIFICACIONES Y CITACIONES

- 1. LA DIRECCIÓN DE TRANSITO DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, representada por su Director MILLER HUMBERTO SALAS RONDON, en su condición de Director General, mayor y vecino de esta ciudad, con domicilio en el kilómetro 4 vía Girón de esta ciudad de Bucaramanga.
- 2. A la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, en la calle 70 N° 4-60 de Bogotá D.C.
- 3. Mi mandante y la suscrita recibiremos notificaciones personales en la Secretaría de su Despacho o en mi oficina de abogada ubicada en la calle 35 N° 19 – 41 - Centro Internacional de Negocios La Triada – Torre Sur – Oficina 414 – Teléfono: 6523111 – Celular: 3103248814 de Bucaramanga.

Correo electrónico:

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN: soniaolivella@hotmail.com

Señor Juez, con mi acostumbrado respeto,

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN
T.P.N° 41.864 DEL C.S.J.
C.C.N° 63'281.990 DE BUCARAMANGA

JUL 14 17 02:15



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20176000160101
Fecha: 11/07/2017 02:13:14 p.m.

Bogotá D.C.,

Doctora
BLANCA FABIOLA LINARES CASTRO
Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga
Consejo Seccional de la Judicatura de Santander
Carrera 10 No. 35-30
Bucaramanga

REFERENCIA.: EMPLEOS. Clasificación del empleo de Comandante de Tránsito.
RADICACION: 20172060169162 del 7 de julio de 2017. **Asunto:** Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 2016-00191-00.

Respetado señor, cordial saludo.

En atención a la comunicación de la referencia en relación con la naturaleza del empleo de Comandante de Tránsito Código 290 Grado 01, me permito manifestarle que esta Dirección Jurídica se manifestó sobre el mismo tema el pasado 13 de abril de 2016 con el Radicado No. 20166000079011 del cual se anexa copia.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

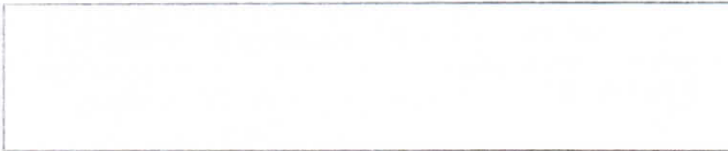
Mónica L. Herrera Medina
MONICA LILIANA HERRERA MEDINA
Directora Jurídica (E)

Anexo concepto No. 20166000079011 del 13/04/2016 en dos (2) folios.
María Camila Bonilla Guerrero
600.4.8



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 2016000079011
Fecha: 13/04/2016 04:08:30 p.m.

Bogotá D.C.,



REFERENCIA.: EMPLEOS. Clasificación del empleo de Comandante de Tránsito.
RADICACION: 20169000058902 del 29 de febrero de 2016

Respetada señora, cordial saludo.

En atención a la comunicación de la referencia en relación con la naturaleza del empleo de Comandante de Tránsito del Municipio de Villavicencio, me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar resulta necesario tener en cuenta lo establecido en el Decreto 785 de 2005 ¹, frente a las competencias laborales para el ejercicio de los empleos:

"ARTÍCULO 13. COMPETENCIAS LABORALES Y REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LOS EMPLEOS. De acuerdo con la categorización establecida para los Departamentos, Distritos y Municipios y de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, las autoridades territoriales deberán fijar en los respectivos manuales específicos las competencias laborales y los requisitos, así:

13.1. Las competencias se determinarán con sujeción a los siguientes criterios, entre otros:

13.1.1. Estudios y experiencia.

13.1.2. Responsabilidad por personal a cargo.

13.1.3. Habilidades y las aptitudes laborales.

13.1.4. Responsabilidad frente al proceso de toma de decisiones.

13.1.5. Iniciativa de innovación en la gestión.

13.2. Los requisitos de estudios y de experiencia se fijarán con sujeción a los siguientes mínimos y máximos:

(...)

13.2.3. Nivel Profesional

Para los empleos del orden Departamental, Distrital y Municipal:

Mínimo: Título profesional.

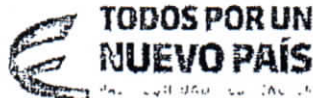
Máximo: Título profesional, título de postgrado y experiencia.

13.2.4. Nivel Técnico

13.2.4.1. Para los empleos de los Departamentos, Distritos y Municipios de categorías: Especial, primera, segunda y tercera:

Mínimo: Diploma de bachiller en cualquier modalidad.

¹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004



Máximo: Al fijar el requisito específico podrá optar por el título de formación técnica profesional o tecnológica y experiencia o terminación y aprobación del pènsum académico de educación superior en formación profesional y experiencia.
13.2.4.2. Para los empleos pertenecientes a los Distritos y Municipios de categorías: Cuarta quinta y sexta:
Mínimo: Terminación y aprobación de cuatro (4) años de educación básica secundaria y curso específico, mínimo de sesenta (60) horas relacionado con las funciones del cargo.
Máximo: Al fijar el requisito específico podrá optar por título de formación tecnológica y experiencia o terminación y aprobación del pènsum académico de educación superior en formación profesional y experiencia.
(...)"

La Ley 1310 de 2009², estableció:

"Artículo 6°. JERARQUÍA. Es la organización interna del grupo de control vial que determina el mando en forma ascendente o descendente. La jerarquía al interior de estos cuerpos para efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta ley, será lo determinado en el presente artículo.

La profesión de agente de tránsito por realizar funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología como policía judicial, pertenecerá en carrera administrativa al nivel técnico y comprenderá los siguientes grados en escala descendente:

CODIGO	DENOMINACION	NIVEL
290	Comandante de Tránsito	Profesional
338	Subcomandante de Tránsito	Técnico
339	Técnico Operativo de Tránsito	Técnico
340	Agentes de Tránsito	Técnico

En este orden de ideas, las entidades que tengan cargos de Comandantes de Tránsito o necesiten crear estos cargos en su planta de personal, deberán ajustar las mismas de conformidad con la nomenclatura y clasificación definida en el citado artículo 6°, vale decir que estos corresponden a empleos de carrera administrativa.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que para el ascenso en carrera administrativa el artículo 125 de la Constitución política, establece que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos de los aspirantes.

La Ley 909 de 2004, sobre los procesos de selección consagra:

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.

² Mediante la cual se unifican normas sobre agentes de tránsito y transporte y grupos de control vial de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones.

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.

ARTÍCULO 29. Concursos.

"Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño."

En este orden de ideas, de acuerdo con la Constitución y la ley, no es posible legalmente proveer un empleo de carrera, sin previo concurso de mérito.

De conformidad con lo anterior, tenemos que la provisión de los empleos de carrera se hará mediante el sistema de mérito, por nombramiento en período de prueba, o por ascenso. Por consiguiente, los empleados que desean ascender en un empleo de superior jerarquía, deberán participar en los procesos de selección convocados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Ahora bien como lo indica en su comunicación, en el empleo de Comandante de tránsito, se encuentra clasificado en la administración municipal de Villavicencio, como de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo que dispone la ley 1310 de 2009, será procedente realizar la modificación de la Planta de personal.

Para lo anterior, deberán hacer una justificación técnica y establecer el Manual de Funciones, Requisitos y de Competencias Laborales, de conformidad con los establecido en el disposiciones vigentes para el nivel profesional .

Una vez modificada la Planta de Personal, es necesario seguir los lineamientos de la sentencia C-577 de 2006 en relación con las personas que ocupan el cargo:

"Conviene aclarar que la presente decisión no afecta las situaciones jurídicas consolidadas de las personas que antes de la fecha en que la presente sentencia sea debidamente comunicada por los medios ordinarios adoptados por esta Corporación, se hubiesen posesionado y se encontrasen ocupando el cargo de agente de tránsito en un organismo de tránsito de una entidad territorial, y para el cual acreditaron los requisitos vigentes al momento de su incorporación al empleo. Lo anterior con el fin de salvaguardar los derechos de las personas referidas, quienes actuaron de buena fe al acreditar únicamente los requisitos que la administración les exigió.(...)"

"(...) en atención a las funciones que el legislador ha encargado a estos agentes y a los requerimientos que la Policía Nacional exige para los agentes de tránsito pertenecientes a esta institución. Teniendo en cuenta que dichas funciones involucran, la aplicación de las normas del Código Nacional de Tránsito; además de tener potestad sancionatoria como autoridades que son, y de tener facultades de policía judicial, su desempeño incide directamente en la garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29. C.N) de los ciudadanos. (...)" (Subrayado nuestro)



Al respecto el Ministerio de Transporte en circular No. MT-1350-1- 11859 del 04 de marzo de 2008, dispone que:

"(...) 1. A partir de la comunicación y publicación en la página web del Ministerio de Transporte para el ejercicio de las funciones de agente de tránsito en la respectiva jurisdicción, las entidades territoriales deben celebrar, en lo sucesivo, contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito de la Policía Nacional o tener funcionarios que formen parte de la planta de personal del respectivo ente territorial, los cuales deberán acreditar formación técnica o tecnológica o especialización en tránsito y transporte expedida por Escuela respectiva de la Policía Nacional..." (Subrayado nuestro)

De otra parte, es pertinente anotar que para modificar la planta de personal, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 46 de la ley 909 de 2004, la cual señala que toda reforma de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2.2.12.1, 2.2.12.2 y 2.2.12.3 del Decreto 1083 de 2015 frente a las reformas de las plantas de empleos, al indicar lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.2.12.1 Reformas de las plantas de empleos. Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

Parágrafo. Toda modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

ARTÍCULO 2.2.12.2 Motivación de la modificación de una planta de empleos. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:

- 1. Fusión, supresión o escisión de entidades.*
- 2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*
- 3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*
- 4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*
- 5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*
- 6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
- 7. Introducción de cambios tecnológicos.*
- 8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*
- 9. Racionalización del gasto público.*
- 10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

Parágrafo 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

ARTÍCULO 2.2.12.3 Estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos. Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:

1. *Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.*
2. *Evaluación de la prestación de los servicios.*
3. *Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.*

En este sentido si al revisar la planta de personal de la Alcaldía de Villavicencio, se encuentra que el empleo de Comandante de Tránsito está clasificado como un empleo de libre nombramiento y remoción del Despacho del señor Alcalde, será preciso revisar la procedencia de ajustar la naturaleza de dicho empleo de acuerdo con la Ley 909 de 2014 y el Decreto 1083 de 2015.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Mónica L. Herrera Medina
MONICA LILIANA HERRERA MEDINA
Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

R. González /MLHM
600.4.8

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN
ABOGADA
 DEMANDAS CONTRA EL ESTADO - CONTRATACIÓN ESTATAL
 LA TRIADA TORRE SUR -OFICINA 414- TELEFAX: 6523111
 soniaolivella@hotmail.com
 BUCARAMANGA

O.S.J.R. 8-MANGA
 AUG 17 '17 AM 11:48

Señora
JUEZ TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA
Ciudad

REF.: RADICADO N° 2016-0191 -00

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE : GERARDO HERNANDEZ BARAJAS
 DEMANDADO : DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA (S)

ALEGATO DE CONCLUSIÓN

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN, abogada en ejercicio, con T.P.N° 41.864 del C.S.J., titular de la C.C.N° 63'281.990 de Bucaramanga, conocida como apoderada de la parte actora en el proceso mencionado en la referencia, con todo respeto acudo ante su Despacho a presentar **ALEGATO DE CONCLUSIÓN**, acorde con lo dispuesto en auto anterior, a lo cual procedo así:

La parte demandada **NO EXPLICÓ NI DEMOSTRÓ EL MOTIVO** por el cual un funcionario con la hoja de vida, con la trayectoria, con los conocimientos calificados, como el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, quien laboró durante **MAS DE TREINTA Y SIETE (37) AÑOS** al servicio de la entidad, **de un momento a otro se volvió inconveniente para la administración.**

PRECEDENTE JUDICIAL

Con todo respeto solicito a la Señora Juez aplicar al presente caso el PRECEDENTE JUDICIAL contenido en las siguientes sentencias:

Sentencia de 10 de febrero de 2011, Consejo de Estado – Sección Segunda, Radicado N° 25000232500020040546801 (1516-09) Actor: JORGE ENRIQUE SANCHEZ RODRIGUEZ contra DIAN.

Sentencia de 03 de mayo de 2012, Consejo de Estado – Sección Segunda, Radicado N° 54001233100020060076-01-Expediente No. 0556-2011 Actor: GUILLERMO LEÓN DÍAZ CARVAJAL contra UNIVERSIDAD DE PAMPLONA.

HECHOS Y OMISIONES PROBADOS

1. La DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA, expidió las siguientes Resoluciones:
 - a. Resolución N° 00141 de 30 de marzo de 2016 por medio de la cual se decidió *"Declarar la insubsistencia el nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.340.291 expedida en Piedecuesta, en el cargo de COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional, adscrito a la Planta de cargos del Director general, de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN, que se le hizo mediante Resolución No. 061 del 21 de febrero de 2011."*
 - b. Resolución N° 142 de 30 de marzo de 2016 por medio de la cual se decidió *"Corregir la Resolución N° 141 del 30 de marzo de 2016, en el sentido de que la fecha de su expedición fue el día 29 de marzo de 2016 y no del 30 de marzo como quedó registrado(..)".*

2. ***SOBRE LA CONDICIÓN DE PREPENSIONADO DEL ACTOR***

No hay duda que el actor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, el 29 de marzo de 2016, reunía los requisitos para obtener el reconocimiento pensional.

Esta afirmación se hace, por cuanto mediante Resolución N° 2014 - 10745945 de 12 de junio de 2015, expedida por COLPENSIONES le fue reconocida su pensión de vejez.

3. La anterior situación mi representado la dio a conocer al Dr. RAFAEL HORACIO NUÑEZ LATORRE, Director de Tránsito de Bucaramanga para la época, a través de oficio de fecha 13 de junio de 2015, recibido el mismo día en dicha entidad, cuyo contenido es del siguiente tenor:

*"Doctor
RAFAEL HORACIO NUÑEZ LATORRE
Director de Tránsito de Bucaramanga
E.S.D.*

Referencia: Resolución N° GNR 173735 DE COLPENSIONES

En atención a la Resolución de la referencia, la cual en su artículo segundo reza: "...atendiendo las disposiciones del Decreto 2245 de 2012, la presente pensión será ingresada en la nómina hasta tanto el o los interesados hagan llegar a través del correo electrónico, el medio de prueba conducente a establecer el retiro del servicio público del pensionado, garantizando con esto la no solución de continuidad...", me permito informar que no es mi deseo hacer uso del retiro del servicio público.

De acuerdo a lo anterior y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, solicito no ser ingresado en nómina de pensionados y preservar el derecho a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad, y de esta forma mejorar el quantum pensional que me asiste por principio de inescindibilidad, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral que emana del contenido del artículo 53 de la carta Política, toda vez que resulta de mejor beneficio para mí como trabajador..."

4. Con la expedición de las Resoluciones N°s. 141 y 142 de 30 de marzo de 2016, el Director de Tránsito de Bucaramanga desconoció los artículos 36 y 150 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional.
5. De conformidad con la Resolución N° 2014 -10745945 de 12 de junio de 2015 expedida por COLPENSIONES, el derecho pensional del actor se concretó el 22 de marzo de 2012, teniendo en cuenta que a esa fecha completo más de 20 años de servicio y 55 años de edad.
6. Cuando se le reconoció su derecho a la pensión, mi poderdante gozaba del régimen de transición.
7. Como se expuso, el actor informó su situación a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga mediante oficio de fecha 13 de junio de 2015, recibido el mismo día en dicha entidad, manifestando que era su deseo continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso para mejorar su monto pensional.
8. Así, encontrándose inmerso el actor dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993; el retiro del servicio de éste - que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad-, válidamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto "*que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución*", precisando además en su párrafo único, que "*no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse*

expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso".

9. Significa lo anterior, que el derecho consolidado por el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993, acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el mismo y de mejorar el quantum pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política.
10. Ahora, debe precisarse además, que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1°, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, **conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores**, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, **para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes** de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes.
11. La situación jurídica pensional del actor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS está al abrigo del régimen de transición y por supuesto amparada por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.
12. Sin embargo, el Director de Tránsito de Bucaramanga ignoró el deber constitucional de amparo, al desconocer que mi representado ostentaba una situación jurídica consolidada y amparada en todo caso por el régimen de transición en la forma anteriormente expuesta.
13. Por las circunstancias anotadas, deben ampararse los derechos vulnerados por la entidad accionada con la expedición de las Resoluciones N°s. 141 y 142 de 30 de marzo de 2016, reconociendo que, en tanto el actor había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que lo reenvía a la vigencia de la Ley 33 de 1985, y conforme al artículo 150 parágrafo de la Ley 100 de 1993 para efectos de retiro, resulta evidente, que con la declaratoria de insubsistencia del cargo, no era posible en la forma como aparece, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida

puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

14. Procede por lo tanto, el amparo de los derechos constitucionales de mi representado, por cuanto la entidad accionada debió preservar y amparar el derecho del actor a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad.
15. El Gobierno Nacional expidió la Ley 1310 de junio 26 de 2009, "*Mediante el cual se unifican normas sobre agentes de tránsito y transporte y grupos de control vial de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones*".

En el artículo 6º se indica:

Artículo 6º. Jerarquía. Es la organización interna del grupo de control vial que determina el mando en forma ascendente o descendente. La jerarquía al interior de estos cuerpos para efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta ley, será lo determinado en el presente artículo.

La profesión de agente de tránsito por realizar funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología como policía judicial, pertenecerá en carrera administrativa al nivel técnico y comprenderá los siguientes grados en escala descendente:

CODIGO	DENOMINACION	NIVEL
290	Comandante de Tránsito	Profesional
338	Subcomandante de Tránsito	Técnico
339	Técnico Operativo de Tránsito	Técnico
340	Agentes de Tránsito	Técnico

"(...)

16. El artículo 125 de la Constitución Política indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

La clasificación de los empleos de las entidades sometidas al sistema general de carrera administrativa se encuentra establecida en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, que prevé la regulación de las excepciones al sistema de carrera, es decir, los empleos que se catalogan como de libre nombramiento y remoción en los órdenes nacional y territorial.

Así, la clasificación de empleos es competencia **de la ley**, de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, no siendo viable afirmar que con la modificación del manual de funciones, se cambia el carácter de los empleos.

Teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 1310 de 2009 el empleo de Comandante de Tránsito, por virtud de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 **es de carrera administrativa**, su provisión debe hacerse de forma definitiva por concurso abierto de méritos.

Mientras se surte este proceso, el Decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, dispone:

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera. *De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.*

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

17. Desde la expedición del Decreto 1083 de 2015, el cargo desempeñado por mi poderdante tiene el carácter de provisional, y por tanto para la expedición de los actos demandados se requería de una especial motivación.
18. En el caso concreto se tiene que, el acto administrativo de retiro del servicio del demandante, quien de conformidad con la Ley 1310 de 2009 **ocupaba un cargo de carrera administrativa a la fecha en la que se produjo el retiro** (art. 5 Ley 909 de 2004 y así se deduce del contenido del oficio N° 20164000084771 de 20 de abril de 2016 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública y que se adjunta) fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004), y en vigencia del Decreto 1083 de 2015 (Publicado en el Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015), razón por la cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 41 ídem, esto es, el acto administrativo debió motivarse.
19. El actual Director de Tránsito de Bucaramanga, expidió las resoluciones impugnadas sin motivación alguna, desconociendo el precedente contenido en la Sentencia SU-917/10 de la Corte Constitucional, que indica que por tratarse de un nombramiento en provisionalidad, requería de una especial motivación en su expedición.

20. Como lo ha expresado el H. Consejo de Estado, la competencia para el retiro de los empleos de carrera, como el de *COMANDANTE, Código 290, Grado 01, Nivel Profesional*, de la planta de cargos de Dirección de Tránsito de Bucaramanga, es una competencia reglada, lo que quiere decir que, sólo procede por las causales consagradas en la Constitución Política y la Ley (art. 41, parágrafo 2º ídem) y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado.
21. A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.
22. La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos¹ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia tanto de la Ley 909 de 2004 como del Decreto 1083 de 2015, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte Constitucional había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Decreto. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.
23. La consecuencia jurídica inmediata del amparo solicitado, es el reintegro del actor al cargo desempeñado o a uno de similar categoría, junto con el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo.
24. Los actos administrativos que separaron del servicio civil al actor en la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA violan normas superiores de derecho a las cuales aquellos deben estar sujetos en el marco del PRINCIPIO DE LEGALIDAD, así como son fruto de la desviación de poder por parte de la autoridad nominadora.
25. Los actos acusados violan el derecho individual del demandante al trabajo y a la estabilidad laboral y además aquellos, como expresión de la voluntad de la administración, no consultan el presupuesto jurídico del BUEN SERVICIO PÚBLICO.

¹ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

26. El egreso del actor de la administración pública no puede imputarse a razones del buen servicio público, pues la entidad accionada se demoró varios días en nombrar el reemplazo del actor, en un cargo de alta relevancia en el funcionamiento de la Entidad, por tanto esta omisión no garantizó una buena gestión en la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA. El reemplazo fue designado el día 07 de abril de 2016 y tomó posesión ese mismo día.
27. Los actos acusados fueron expedidos con **desviación de poder**, porque su expedición no estaba encaminado al mejoramiento del BUEN SERVICIO PÚBLICO, lo cual conlleva a la declaratoria de su nulidad.
28. Se tiene pues que la presunción de legalidad que ampara los actos acusados se desvirtuaron, ya que como se alega, los actos enjuiciados no se profirieron en aras del buen servicio público.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El acto acusado desconoce los artículos 1, 2, 6, 25, 48, 53, 125, 209, 48 Y 53 de la Constitución Política; Artículos 3 y 44 del CPACA. Desconoció además, los artículos 36 y 150 de la Ley 100 de 1993; desconoció de igual forma la orden contenida en la Sentencia 1037 de 2003 de la Corte Constitucional y los precedentes jurisprudenciales contenidos en las sentencias 1516-09 y 2533-07 del H. Consejo de Estado; desconoció la Ley 1310 de 2009; el Decreto 1083 de 2013, la sentencia SU 917 de 2010; Ley 909 de 2004 artículo 41; Decreto 1227 de 2005, artículo 10, y la normatividad ya relacionada.

Las disposiciones Constitucionales que se relacionan en primer lugar establecen las condiciones para el ejercicio del poder público por parte de la Administración Pública; de donde surge la exigencia, para las autoridades de la República, de proteger a las personas en su vida, honra y bienes, a fin de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; además, está la consideración de que el trabajo es una obligación social que debe ser protegida por el Estado; por consiguiente, hay responsabilidad de los funcionarios y un régimen especial para el ejercicio de la facultad de remoción de empleados. El acto administrativo demandado quebranta en forma manifiesta tales preceptos, por cuanto desconoció la obligación pública de proteger el trabajo, pues se supone que el administrador público es el primer obligado a respetar las normas que regulan la función pública. (Práctica Contenciosa Administrativa. PEDRO LAMPREA. Pag. 425).

PRIMERA CAUSAL DE NULIDAD

CARGO DE NULIDAD: LOS ACTOS DEMANDADOS FUERON EXPEDIDOS CON
INFRACCIÓN DE LAS NORMAS SUPERIORES EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE

El acto enjuiciado se acusa por haber sido proferido mediante con **infracción de las normas en que deberían fundarse**, causal consagrada en el artículo 137 del CPACA, en los siguientes términos:

Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con **infracción de las normas en que deberían fundarse**, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Negrillas fuera de texto).

- El artículo 44 del CPACA preceptúa:

Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

El nominador, con el acto de insubsistencia no persiguió razones del buen servicio público, pues el acto enjuiciado fue expedido mediante con infracción de las normas en que debería fundarse.

Aporto pruebas que acreditan que el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS prestó sus servicios en la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA en el lapso indicado en los hechos.

En los archivos de la entidad accionada reposa la hoja de vida de mi representado.

La experiencia adquirida por mi poderdante al servicio de la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA, su preparación académica, le permitían desempeñar con solvencia al señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, las responsabilidades en su cargo, que ejercía en la DIRECCION DE TRANSITO DE BUCARAMANGA, y que desempeñó durante más de 37 años, como se demuestra con las pruebas aportadas al plenario y las demás que en su oportunidad se recaudarán.

Nuestra Constitución Política dispuso en su artículo 48:

Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la

participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Nuestra Constitución Política dispuso en su artículo 53 :

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

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo**; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores." (negritas y subrayado fuera de texto).

De conformidad con la Resolución N° 2014 -10745945 de 12 de junio de 2015 expedida por COLPENSIONES, el derecho pensional del actor se concretó el 22 de marzo de 2012, teniendo en cuenta que a esa fecha completo más de 20 años de servicio y 55 años de edad.

Como se expuso, el actor informó su situación a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga mediante oficio de fecha 13 de junio de 2015, recibido el mismo día en dicha entidad, manifestando que era su deseo continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso para mejorar su monto pensional.

Así, encontrándose inmerso el actor dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio de éste - que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad-, válidamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto "que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán

derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución", precisando además en su párrafo único, que "no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso".

Significa lo anterior, que el derecho consolidado por el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993, acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el mismo y de mejorar el quantum pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política.

Ahora, debe precisarse además, que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1º, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, **conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores**, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, **para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes** de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes.

Ello supone que las modificaciones a la Ley 100, introducidas por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, **NO** eran aplicables al demandante y por supuesto estaba amparado por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.

Por las circunstancias anotadas, deben anularse los actos administrativos demandados, reconociendo que, en tanto el actor había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que lo reenvía a la vigencia de la Ley 33 de 1985, y conforme al artículo 150 párrafo de la Ley 100 de 1993 para efectos de retiro, resulta evidente, que su exclusión del servicio no era posible, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Procede así mismo, la nulidad deprecada, por cuanto se debió preservar y amparar el derecho del actor a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad.

La Resolución impugnada, expedida por la entidad accionada por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, no persiguió razones del buen servicio público.

SEGUNDA CAUSAL DE NULIDAD
CARGO DE VIOLACIÓN: FALSA MOTIVACIÓN

El acto enjuiciado se acusa por haber sido proferido mediante **FALSA MOTIVACION**, causal consagrada en el artículo 137 del CPACA, en los siguientes términos:

Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o **mediante falsa motivación**, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Negrillas fuera de texto).

- El artículo 44 del CPACA preceptúa:

Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

El nominador, con el acto de retiro no persiguió razones del buen servicio público, pues el acto enjuiciado fue expedido mediante falsa motivación.

Frente a la formulación del cargo de *Falsa Motivación* la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que:

"Esta Sala precisa que el cargo que se estudia no está bien formulado, porque de acuerdo con la jurisprudencia de ésta Corporación, la falsa motivación como vicio de ilegalidad del acto administrativo, puede estructurarse cuando en las consideraciones que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho,

ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico.”²

El cargo ocupado por mi poderdante **COMANDANTE, CÓDIGO 290, GRADO 01, NIVEL PROFESIONAL**, es un cargo de carrera que ocupaba mi representado en provisionalidad, de conformidad con la Ley 1310 de 2009, artículo 6, en armonía con el artículo ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera del Decreto 1083 de 2015 en consonancia con la Ley 909 de 2004.

De manera pues que de conformidad con la Ley 1310 de 2009 el empleo de Comandante de Tránsito, por virtud de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 en consonancia con el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015, **es de carrera administrativa**, su provisión debe hacerse de forma definitiva por concurso abierto de méritos.

Mediante las Resoluciones impugnadas la entidad accionada decidió dar por terminado el nombramiento en provisionalidad realizado a mi representado, **sin motivación alguna**, alegando que el empleo desempeñado por mi representado es de libre nombramiento y remoción; contrariando los derroteros que al respecto trazó la Corte Constitucional en la sentencia SU- 917 – 10, por cuanto el acto administrativo acusado se limitó a hacer referencia a la discrecionalidad para remover a un empleado de libre nombramiento y remoción, desconociendo que en virtud de las normas mencionadas en el párrafo que anteceden, el empleo desempeñado por mi representado es de carrera administrativa desempeñado en provisionalidad; desconociendo los lineamientos contenidos en la sentencia SU-917-10, mencionada, en la cual se indicó:

b.- Contenido de la motivación

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”³. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado. Sentencia de 18 de agosto de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00753-01(0532-08)

³ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona

un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera *clara, detallada y precisa* cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”⁴.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”⁵.
(...)

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”⁶, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario⁷. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias⁸. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen “*explicitas*” en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración⁹, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “*implicita*” de los actos administrativos.
(...)

5.5.- Vicio de nulidad por falta de motivación de los actos de retiro de cargos en provisionalidad.

La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En la jurisprudencia específica sobre el asunto que ahora es objeto de análisis, esta Corporación ha precisado en forma reiterada que la motivación es un requisito de validez donde los actos que carecen de ella están viciados de nulidad¹⁰. Por ello ha señalado que en estos casos “basta considerar las disposiciones constitucionales que rigen el retiro con sujeción al debido proceso en los cargos y entidades del Estado en general y en la Fiscalía General de la Nación en particular”¹¹.

En la reciente sentencia T-736 de 2009, siguiendo la línea trazada en la amplia jurisprudencia constitucional, esta Corporación sostuvo de manera categórica lo siguiente:

los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

⁹ En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”, al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, “*Las razones del Derecho*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, “*La Argumentación en el Derecho*”. Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, “*Argumentación y sentencia*”. En: Revista DOXA 21, 1998.

¹⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-250/98, C-371 de 1999, T-1206 de 2004, T-132 de 2007, T-736 de 2009, entre otros.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2006.

La Corte ha subrayado la necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario o a una funcionaria nombrada en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera porque resulta indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación". (Resaltado fuera de texto).

En suma, la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad conduce inexorablemente a la nulidad del acto por violación de normas superiores, en este caso de jerarquía constitucional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin ha previsto el ordenamiento jurídico, particularmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, como se explica a continuación.

Con lo anterior queda claro que el nombramiento de un empleado de carácter provisional tiene un procedimiento especial, supeditado en primera medida, al encargo del personal que se encuentre en carrera y cumpla con los requisitos del cargo vacante y segundo, en caso de no existir el empleado de carrera a encargar, realizar el procedimiento establecido para el nombramiento previo autorización de la Comisión Nacional de Servicio Civil. Por su parte el retiro debe ser motivado, sin que esto implique equiparar los empleados provisionales a los que se encuentren en carrera, por encontrarse en una situación administrativa diferente, solo se debe tener en cuenta razones claras, detalladas y precisas, ajustadas a la realidad, teniendo como fundamento la normatividad vigente. El acto acusado fue expedido con infracción de la Ley por inexistencia de motivación Constitucional por cuanto el acto demandado no cumple con el estándar de motivación constitucional establecido en la Sentencia de Unificación SU-917/2010, y en esos términos los considerandos de dicho acto, en la forma como aparece en las Resoluciones impugnadas, no se refieren a la relación laboral individual sostenida entre el demandante con la entidad demandada, por lo que se está frente una motivación insuficiente desde la perspectiva administrativa laboral e inexistente en la órbita de la jurisprudencia constitucional regulada ya que no reúne los requisitos para su validez por ser genérica, ambigua y por omitir referirse al interesado de forma expresa, y que en ese orden el acto impugnado adolece de nulidad por ser contrario al artículo 29 C.N.

Existe insuficiencia de motivación legal para la desvinculación porque, se reitera, con la expedición de la Ley 1310 de 2009 el empleo de Comandante de Tránsito, por virtud de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 en consonancia con el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015, **es de carrera administrativa**, su provisión debe hacerse de forma definitiva por concurso abierto de méritos.

El acto acusado fue expedido por el Ente demandado, en forma irregular, pues en su

parte considerativa no hay referencia a los hechos y circunstancias fácticas que motivaron el acto que declara la terminación de la provisionalidad, haciendo referencia a la discrecionalidad, cuando en tratándose de provisionalidad ésta no opera.

El acto acusado adolece de graves vicios que lo hacen anulable tales como infracción de la Ley, falta de motivación (Constitucional) e insuficiente motivación (legal).

Respecto a la Infracción por inexistente motivación constitucional, el acto acusado, es ambiguo, genérico, omitió referirse a la relación laboral entre el señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS y la Dirección de Tránsito de Bucaramanga; no indicó las causas concretas y relevantes para proceder a la desvinculación, y por ello no cumple con el estándar de motivación constitucional que se estableció en la Sentencia De Unificación 917/2010, referido a que en el acto deben constar de manera clara, detallada y precisa las circunstancias particulares y concretas de hecho y de derecho que motivan la decisión.

En lo que concierne a la insuficiente motivación legal, la entidad demandada desvinculó un empleado que ostentaba un cargo en provisionalidad, el cual podía continuar en el tiempo mientras se proveyera el cargo en propiedad; en el asunto no se configuraron justas causas constitucionales para la desvinculación laboral del demandante y que precisamente por esa inexistencia debe declararse la nulidad del acto acusado.

Pues bien, en líneas anteriores se precisó que el acto impugnado se encontraba motivado en la forma como se señaló y adrede nada apuntó sobre la constitucionalidad o legalidad de las razones utilizadas como motivación que conllevó a la final decisión.

Respecto a la motivación señala el Consejo de Estado en sentencia de 12 de abril de dos mil doce (2012), C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Sección Segunda – Subsección “A”, Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00378-00, que:

*"Frente al **contenido de la motivación** correspondiente, debe entenderse que esta no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.*

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

"(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto". (...)

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó:

"Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados".

Revisado una vez más el acto impugnado, se tiene que la razón dada por la administración para desvincular al señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS consistió básicamente en la discrecionalidad para remover un empleado de libre nombramiento y remoción; se advierte que el fundamento utilizado por la entidad demandada no estuvo referido a la provisión del cargo por haberse realizado el concurso de méritos, o por sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria, así como tampoco obedeció a otra razón específica atinente al servicio prestado. En esos términos, la motivación que allí aparece, no hace parte de las justas causas legales y constitucionales susceptibles de ser utilizadas cuando se pretende declarar la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, en sentir del precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional.

Ante esas circunstancias los actos administrativos acusados deben declararse nulos por los cargos de infracción por inexistente motivación constitucional e insuficiente motivación legal invocados.

Es así como las mentada Resoluciones 141 y 142 de 30 de marzo de 2016 devienen nulas, y se desvirtúa con toda razón la presunción de legalidad que acompañan los actos administrativos.


PETICIÓN

Considero señora Juez que los hechos alegados se encuentran debidamente probados y con fundamento en estos hechos probados y el derecho invocado, con todo respeto solicito a la Señora Juez, Despachar en forma favorable todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Correo electrónico:

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN: soniaolivella@hotmail.com

Señora Juez, con mi acostumbrado respeto,



SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN
T.P. Nº 41.864 DEL C.S.J.
C.C. Nº 63'281.990 DE BUCARAMANGA



AUG 29 '17 PM 1:37

Bucaramanga Agosto de 2017.

Doctora

LEYDI ALEJANDRA NAVARRO LOZANO

**Juez Trece Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga
CIUDAD**

ACCIONANTE: GERARDO HERNANDEZ BARAJAS
DEMANDADO: DIRECCIÓN DE TRANSITO DE BUCARAMANGA
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
REFERENCIA: 2016-191

Respetada Doctora:

Como Agente del Ministerio Público en el proceso de la referencia y en ejercicio de las facultades constitucionales, legales y reglamentarias, particularmente de aquellas atribuciones que se encaminan a la protección del patrimonio público, a la defensa del orden jurídico y a la protección y garantía de los derechos fundamentales, de la manera más atenta, procedo a rendir y poner a consideración concepto de fondo en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

1.1 DEMANDA

El señor GERARDO HERNÁNDEZ BARAJAS, instauró como medio de control nulidad y restablecimiento del derecho contra la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No 00141 del 30 de marzo de 2016, mediante la cual fue declarado insubsistente y la Resolución No 142 del 30 de marzo de 2016, aclaratoria de la No 141.

El fundamento principal de causal de nulidad es que el cargo desempeñado por el señor GERARDO HERNÁNDEZ BARAJAS de comandante Código 290, grado 01 Nivel profesional, es de carrera conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1310 de 2009, por tanto se debe inaplicar la Resolución No 061 del 21 de febrero de 2011, emanada de la Dirección de Tránsito, que clasifica el empleo de libre nombramiento y remoción, por ser contraria a la Ley y a la Constitución.



De otra parte, sostiene que si bien es cierto para el año 2016, el accionante contaba con resolución de pensión, la administración tenía conocimiento de su deseo de permanecer en el cargo, hasta la edad de retiro forzoso, conforme a lo establecido en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, solicita se declare la nulidad del acto administrativo invocando como causal la de Infringir las normas superiores en que debía fundarse, al no aplicar el artículo 150 de la ley 100 de 1993, igualmente por no exponer las razones de buen servicio, falsa motivación, al considerar que el cargo comandante Código 290, grado 01 Nivel profesional, es un cargo de carrera y no de libre nombramiento y remoción,

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada se opone a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que carecen de fundamento probatorio en razón que el acto administrativo demandado cuya nulidad se pretende, goza de la presunción de legalidad y esta no ha sido desvirtuada, al considerar que el cargo ocupado por el actor es de libre nombramiento y remoción, y no de carrera como lo pretende la parte actora, por lo cual no otorga fuero o protección alguna.

Sostien que la Resolución 062 del 21 de febrero de 2011, definió de libre nombramiento el cargo denominado comandante Código 290, grado 01 Nivel profesional, en atención con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1310 de 2009, al tratarse de un cargo de dirección, coordinación y orientación tal y como lo establece el manual de funciones e implica una especial confianza, igualmente administra recursos públicos al estar encargado del control del parque automotor y velar por su correcto funcionamiento.

2. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1 PROBLEMA JURÍDICO

A fin de abordar el tema, el juzgado en audiencia inicial del 6 de julio de 2017, en la fijación del litigio lo formuló en los siguientes términos:

¿Si los actos acusados – Art 1 de la resolución No 141 del 30 de marzo de 2016, mediante la cual se declaró la insubsistencia del accionante y el art 1 de la resolución No 142 del 30 de marzo de 2016 se encuentran viciados en su legalidad, al haber sido expedidos con infracción de las normas superiores en que debían fundarse, falsamente motivados, existiendo desviación de poder, por razón de la estabilidad laboral que como pre-pensionado tenía el demandante y al desconocerse la naturaleza del cargo que este ocupaba. Esto es, de carrera administrativa, conllevando lo anterior a su declaratoria de nulidad.



En caso afirmativo, si el señor Gerardo Hernández Barajas le asiste el derecho a ser reintegrado al cargo que venía desempeñando, esto es, de comandante Código 290 grado 01 Nivel profesional adscrito a la planta de cargos del Director General, o a otro de igual o superior categoría y en consecuencia el pago de sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la desvinculación del servicio hasta la fecha eventual de reintegro, así como el reconocimiento de perjuicios morales presuntamente causados con la declaratoria de insubsistencia.

O si por el contrario, conforme a la defensa de la entidad demandada, el cargo que ocupaba el accionante es de libre nombramiento y remoción, razón por la cual el nominador contaba con la discrecionalidad para disponer del mismo aunado a ello, no desvirtuó la legalidad del acto acusado, pues no se acredita la desviación de poder alegada, ni se configura alguna de las causales de ilegalidad invocadas.?

2.2 LOS HECHOS PROBADOS

En la presente actuación, teniendo como fundamento las pretensiones del accionante y la contestación y las pruebas allegadas, se encuentran probados los siguientes hechos:

- El señor Gerardo Hernández Barajas, laboró en la Dirección de Transito de Bucaramanga, en el cargo Comandante Código 2090 Grado 01 Nivel profesional, adscrito al grupo de control de vías desde el 01 de febrero de 1979 hasta el 30 de marzo de 2016, tal y como consta en certificación expedida por la entidad el 27 de abril de 2016. (folio 11)
- Mediante Resolución No 141 del 30 de marzo de 2016, el señor Gerardo Hernández Barajas, fue declarado insubsistente del cargo prenombrado, teniendo como fundamento que el cargo de libre nombramiento y remoción. (folio 8 y 9)
- La Resolución No 142 del 30 de marzo de 2016, aclara la fecha de expedición de la Resolución No 141 del 30 de marzo de 2016. (folio 10 y 11)
- Certificación de tiempo de servicios expedido por Dirección de Transito de Bucaramanga. (folio 11)
- Resolución No GNR 173735 del 12 de Junio de 2015, emanada de Colpensiones, por medio del cual reconoce pensión mensual vitalicia al señor Gerardo Hernández Barajas, supeditando el pago y reliquidación a la desvinculación del empleo. (folio 12-19)
- Oficio fechado 13 de junio de 2015, mediante el cual el señor Gerardo Hernández Barajas, comunica a la Dirección de Transito de Bucaramanga, su deseo de no desvincularse de la entidad, a efectos de esperar el retiro forzoso e incrementar o mejorar el quantum pensional. (folio 21)



- Oficio del 11 de abril de 2016, mediante el cual la Dirección de Transito de Bucaramanga, comunica a Colpensiones el retiro del accionante a fin de que sea incluido en nómina de pensionados, conforme lo establecido en la Resolución No GNR 173735 del 12 de Junio de 2015. (folio 22)
- Copia de la Resolución No 062 de 2011, mediante la cual se modifica la planta de personal de la Dirección de Transito de Bucaramanga. (folio 24-30)
- Copia del oficio No 2016000084771 del 20 de abril de 2016, emanado de la Coordinación Grupo De Análisis y Políticas para las entidades Públicas Dirección de Desarrollo Organizacional del Departamento Administrativo de la Función pública, en la que se precisa el perfil del cargo de Comandante de Transito código 290. (folio 35-37)
- Concepto radicado No 20166000079011 del 13 de abril de 2016, emanado de la Departamento Administrativo de la Función Pública, en la que precisa el carácter del cargo de Comandante de Transito código 290, conforme a la ley 1310 de 2009. (folio 170-174).

2.3 ANÁLISIS JURÍDICO.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, se hace necesario determinar, si de acuerdo al perfil, ubicación del cargo y las responsabilidades, el empleo denominado Comandante Código 2090 Grado 01 Nivel profesional, es un cargo de libre nombramiento y remoción, de conformidad a la clasificación realizada en la Ley 909 de 2004, ley 1310 de 2009, o si por el contrario, este debe estar catalogado de carrera y por ende la desvinculación del mismo debe ser motivada con fundamento en los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Así las cosas, se tiene que por regla general, los cargos de las entidades públicas son de carrera administrativa y el acceso a los mismos debe ser mediante concurso de méritos, esto conforme a lo establecido en artículo 5 de la Ley 909, y la excepción son los cargos de libre nombramiento y remoción; sobre el particular ha sostenido la Jurisprudencia.

“La carrera administrativa fundada en el mérito como un principio constitucional y como la regla general para la provisión de cargos públicos.

... El artículo 125 de la Constitución Política establece a la carrera administrativa basada en la evaluación del mérito, a través de concurso público, como el mecanismo general y preferente para el ingreso de los ciudadanos al servicio público. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta afirmación se sustenta en los siguientes postulados: “(i) los empleos en los



órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan de ellos los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) para el caso en que ni la Constitución ni la Ley haya fijado el sistema de nombramiento, éste se realizará mediante concurso público; (iv) el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y, (v) en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrán determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera”¹

... Por consiguiente, la asimilación de la carrera administrativa como un principio constitucional significa que el artículo 125 de la Constitución Política es una norma superior de aplicación inmediata que contiene una base axiológica-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento jurídico. En ese sentido, como lo ha definido esta Corte, “el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de (i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público, y (ii) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y las finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes”².

...Criterios desarrollados por la jurisprudencia para brindar legitimidad constitucional a la fijación excepcional de cargos de libre nombramiento y remoción por parte del legislador.

22. Como se ha indicado, el artículo 125 de la Constitución Política establece a la carrera administrativa como regla general y preferente para la provisión de los cargos públicos. Sin embargo, ese mismo precepto constitucional exceptuó de dicha regla general cuatro categorías de empleos: (i) los de elección popular; (ii) los de libre nombramiento y remoción; (iii) los de trabajadores oficiales; y, (iv) los demás que determine la ley.

De esa forma, esa sentencia entendió que quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamento el *intuitu personae* debido al alto nivel de confianza que implica el desarrollo del cargo. De allí que el legislador al crear o determinar empleos públicos que se ubiquen en tal régimen, deba tener en cuenta lo anterior para no sobrepasar su órbita de competencia configurativa.

... Dicho principio impone valorar los **criterios (i) subjetivo de confianza cualificada en el desempeño de las funciones asignadas, (ii) objetivo funcional o material, a partir del cual el legislador puede remitir al contenido de las funciones atribuidas al empleo por la Constitución, la ley o el reglamento de cada entidad, con el fin acreditar que las ocupaciones esenciales corresponden a temas de dirección, conducción y orientación institucional, cuyo ejercicio**

¹ Sentencias C-553 de 2010 y SU-539 de 2012 (ambas del MP Luis Ernesto Vargas Silva).

² Sentencia C-553 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).



implica la adopción de políticas o directrices para la entidad, y, (iii) orgánico, teniendo en cuenta la ubicación del empleo en el nivel jerárquico de la entidad.³”

Así las cosas, se tiene que de acuerdo con las sub-reglas dictadas por la Corte Constitucional, para diferenciar un cargo de libre nombramiento y remoción de uno de carrera, ha de tenerse en cuenta entre otros los siguientes criterios, i) subjetivo, es decir determinar si el cargo es de confianza, pero esta debe ser cualificada, ii) objetivo o funcional, que son los de dirección u orientación institucional y iii) orgánico, es decir de acuerdo al nivel en el orden jerárquico institucional, por lo cual ha de analizarse si el cargo Comandante Código 2090 Grado 01 Nivel profesional, adscrito al grupo de control de vías cumple alguno de estos requisitos para que sea considerado como un cargo de libre nombramiento y remoción, tal y como lo establece la Resolución No 062 del 21 de febrero de 2011, expedido por la Dirección de Tránsito de Bucaramanga o contrario a ello es un cargo de carrera por estar en el nivel jerárquico de profesional.

Para tal sentido, se tiene que la ley 909 de 2004 en el artículo 5 establece lo siguiente:

“ Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: ...

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

... En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial: Presidente, Director o Gerente;

... c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado”

Igualmente la Ley 1310 de 2009 en el artículo 6, al establecer la **jerarquía, creación e ingreso del grupo de control vial dispuso:**

“Jerarquía. Es la organización interna del grupo de control vial que determina el mando en forma ascendente o descendente. La jerarquía al interior de estos cuerpos para

³ Sentencia C-673 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva



efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta ley, será lo determinado en el presente artículo.

La profesión de agente de tránsito por realizar funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología como policía judicial, pertenecerá en carrera administrativa al nivel técnico y comprenderá los siguientes grados en escala descendente:

CODIGO	DENOMINACION	NIVEL
290	Comandante de Tránsito	Profesional
338	Subcomandante de Tránsito	Técnico
339	Técnico Operativo de Tránsito	Técnico
340	Agentes de Tránsito	Técnico

De lo referido normativamente, el cargo de comandante de tránsito, código 290, pertenece al nivel profesional, nivel que por regla general, según los lineamientos de la Ley 909 son cargos de carrera, pues no tienen algún grado de confianza, así mismo no esta dentro de aquellos que fijan directrices u orientación institucional, igualmente no se encuentra dentro de las excepciones establecidas en la ley, para los cargos adscritos al despacho del Director de Transito de Bucaramanga.

En lo referente a la ubicación dentro de la estructura de la Dirección de Transito de Bucaramanga del mencionado cargo, se tiene que conforme al documento denominado Guía de Estructura organizacional, (folio 175 -183), el cargo de comandante depende de la subdirección técnica y no del despacho del Director, no estando así dentro de la excepción establecida en la Ley 909 de los cargos, que suelen ser de libre nombramiento y remoción por estar adscritos al despacho del director, en atención a la confianza que se debe al mismo.

Igualmente el artículo 6 de la Ley 1310 de 2009, es claro en establecer que este cargo es de carrera, tal y como lo coloca de presente el Departamento Administrativo de la Función Pública en diferentes comunicaciones entre ellas oficio No 2016000084771 del 20 de abril de 2016 (folio 35-37), concepto radicado No 20166000079011 del 13 de abril de 2016 (folio 170-174), por consiguiente no es de recibo los argumentos expuestos por la entidad, tendientes a demostrar que este cargo es de confianza y manejo de bienes, situación no acreditada en el acervo probatorio.

Por consiguiente a criterio de esta Agencia del Ministerio Público, la Resolución No 62 del 21 de febrero de 2011, es contraria a la Ley 909 de 2004 y 1310 de 2009, y la Constitución, por consiguiente debe ser inaplicada, y considerar el cargo de comandante de tránsito,



código 290, pertenece al nivel profesional, y de carrera, por lo que la resolución mediante la cual se declara insubsistente debe ser motivada.

Ahora bien en lo referente a la motivación de las desvinculaciones del personal que se desempeña en provisionalidad en los cargos de carrera se tiene, que la Corte Constitucional con Sentencia SU 556/14⁴ reafirmo el deber de motivar los actos administrativos que declaran insubsistente un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, así como fijo precedente constitucional del monto de la indemnización a pagar el equivalente a salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, sin que la suma a pagar por indemnizaciones sea inferior a seis meses ni pueda exceder de 24 meses de salario, unificando al interior de esta corporación diferentes interpretaciones que se venían dando, en el entendido que no es procedente conceder a título de indemnización la totalidad del término que no ha laborado, al ser el nombramiento en provisionalidad una vinculación que no genera estabilidad, y la no prestación efectiva del servicio, sobre este particular se sostuvo.

“Entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público....”

...Las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.”

En conclusión, se tiene el deber de motivar los actos administrativos que declaran insubsistente a un empleado provisional que ocupa un cargo de carrera, así como el monto de la indemnización en caso de nulidad del acto administrativo.

2.4 CASO EN CONCRETO

⁴ SU 556 del 24 de junio de 2014, M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.



Sobre el caso en particular, es pertinente señalar, que la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, mediante la Resolución 062 de 2011, y demás normas concordantes determinó que el cargo denominado Comandante Código 2090 Grado 01 Nivel profesional, era de libre nombramiento y remoción.

La anterior clasificación a juicio de esta Agencia del Ministerio Público, es contraria a los postulados de la ley 909 de 2004, ley 1310 de 2009 y artículo 125 de la Constitución, tal y como se expuso en precedencia, en atención a que no se está dentro de ninguna de las excepciones establecidas en la mencionada legislación, donde se cataloga como de libre nombramiento y remoción, igualmente por el nivel jerárquico (profesional), pues en este nivel la regla general es que sean de carrera.

Por consiguiente al ser contrario a la Constitución y la ley la mencionada Resolución debe inaplicarse, y considerar que el cargo ostentado por el señor Gerardo Hernández es de carrera y por ende el acto administrativo de desvinculación debe ser motivado, por lo que al no cumplir con este requisito está llamado a desaparecer y en su lugar ordenar el restablecimiento del derecho.

Sin embargo es de tener en cuenta Señora Juez, al momento de ordenar el restablecimiento del derecho, las pautas establecida por la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 556/14.

Igualmente tener en cuenta que si cobro emolumentos por pensión de vejez, estas sumas sean descontadas de los valores a indemnizar, ya que de acuerdo al material probatorio, se solicitó inclusión del actor en nómina de pensionados de colpensiones.

CONCEPTO

En consecuencia, se solicita, declarar la nulidad de la Resolución No 00141 del 30 de marzo de 2016, mediante la cual declaró insubsistente al aquí demandante y la resolución No 142 del 30 de marzo de 2016, aclaratoria, en atención a que vulnera el artículo 125 de la constitución, ley 909 de 2004 y 1310 de 2009, al establecer como de libre nombramiento un cargo del nivel profesional, por ende inaplicar le Resolución 062 de 2011 emanada de la Dirección de Transito de Bucaramanga

Atentamente,

CARLOS AUGUSTO DELGADO TARAZONA
PROCURADOR 102 JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN
ABOGADA
 DEMANDAS CONTRA EL ESTADO - CONTRATACIÓN ESTATAL
 LA TRIADA TORRE SUR -OFICINA 414- TELEFAX: 6523111
 soniaolivella@hotmail.com
 BUCARAMANGA

JUL 3 18:08:43
 JUL 3 '18 AM 8:43
fel

Señora
JUEZ TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA
Ciudad

REF.: RADICADO N° 2016-0191 -00
 MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE : GERARDO HERNANDEZ BARAJAS
 DEMANDADO : DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA (S)

RECURSO DE APELACION

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN, abogada en ejercicio, con T.P.N° 41.864 del C.S.J., titular de la C.C.N° 63'281.990 de Bucaramanga, conocida como apoderada de la parte actora en el proceso mencionado en la referencia, con todo respeto acudo ante su Despacho a , con todo respeto acudo ante su Despacho con el fin de **INTERPONER Y SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN** contra los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia de fecha 18 de junio de 2018 notificada por envío a mi buzón de correo el día 19 de junio de 2018.

La sentencia impugnada en su numeral SEGUNDO resolvió lo siguiente:

*“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga a reconocer y pagar al señor Gerardo Hernández Barajas, a título de indemnización las sumas equivalentes a seis (6) meses de salarios y prestaciones dejadas de percibir por el demandante, a las que deberán descontarse las sumas percibidas por el demandante por concepto de la pensión reconocida por Colpensiones durante el mismo lapso de seis (6) meses, teniendo en cuenta las consideraciones expresadas en la sentencia. (..)”*

La sentencia impugnada en su numeral QUINTO resolvió lo siguiente:

“QUINTO: NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda. (..)”

Para adoptar esta decisión, razonó así el a quo:

"(..) En este punto, no se encontraría dificultad para el Despacho en ordenar el reintegro del demandante, pues de la fotocopia de la cédula de ciudadanía aportada al expediente se constata que el mismo nació en 1957, por lo que en la actualidad no ha cumplido la edad de retiro forzoso, que actualmente por mandato de la Ley 1821 de 2016 se fija en setenta (70) años. Sin embargo, como se mencionó líneas arriba, en la actualidad el demandante ostenta la calidad de pensionado, situación que debe analizarse para efectos del reintegro deprecado por el actor.

"Al respecto, el Decreto 2400 de 1968 en su artículo 29 modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968, prescribe:

El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.

"De la lectura del inciso Segundo de la norma transcrita se concluye que un empleado público retirado del servicio y con derecho a pensión no puede ser reintegrado al servicio, si no es para ocupar los cargos relacionados en ella. Así, el reintegro al cargo de Comandante de Tránsito en el que el demandante se desempeñaba, perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, en este caso del sector territorial descentralizado, no es procedente a la luz del artículo analizado, por no encontrarse dentro de los cargos enlistados en la norma estudiada. (...).

De otro lado, aunque no proceda el reintegro de acuerdo a lo que expuso, debe seguirse el análisis de las medidas a tomar como restablecimiento del demandante, pues si bien en la actualidad se encuentra pensionado, con inclusión en nómina y efectos reconocidos desde la desvinculación, no puede desconocerse que dicha inclusión en nómina es consecuencia de la insubsistencia contenida en los actos acusados cuya nulidad se declarará, pese a la legítima expectativa de permanecer en el cargo hasta el cumplimiento de la edad de retiro, la cual debe matizarse, pues como es reconocido en esta sentencia el nombramiento en provisionalidad en un cargo en Carrera no otorga una vocación de permanencia en el cargo más allá de su provisión mediante concurso de méritos, del cual hay constancia en el expediente no ha sido surtido.

"Por lo anterior, debe establecerse una indemnización de los daños causados al demandante y para tal fin debe acudir a las reglas establecidas por la Honorable Corte Constitucional en su sentencia SU-556 de 2014, en la que precisó: (...)

"

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

- Los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia impugnada, se fundamentaron **EN NORMAS DEROGADAS**.
- Los argumentos tenidos en cuenta por la señora Juez *a quo* para adoptar la decisión contenida en los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia impugnada, desconocen los **derechos adquiridos por mi poderdante, derivados de pertenecer al Régimen de Transición**.
- Los argumentos tenidos en cuenta por la señora Juez *a quo* para adoptar la decisión contenida en los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia impugnada desconocen el precedente contenido en las sentencias del Consejo de Estado que me permitiré relacionar.
- La sentencia SU-556-2014 de la Corte Constitucional en la cual se fundamentó la señora Juez *a quo* para negar la petición re reintegro, en ninguno de sus apartes desconoce el respeto por los **derechos adquiridos por el régimen de transición**.

ARGUMENTOS

1. El artículo 27 del Código Civil Colombiano, consagra:

"Cuando el espíritu de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.(...)"

2. El artículo 71, Ibídem, sobre la derogación de las leyes consagra:

*"La derogación de las Leyes podrá ser expresa o tácita. (...)
Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".*

3. El parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, consagra textualmente:

"No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso."

4. La Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, "Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas", preceptúa:

"Artículo 1º. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

"Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968."

"Artículo 2º La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

"Artículo 3º Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.

"Artículo 4º La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-Ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3.). "

5. La Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016 **derogó** el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, que preceptuaba:

ARTICULO 31º. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del Artículo 29 de este Decreto. (Conc. Art. 25 Dec. 2400/68; Art.105 Dec. 1950/73; Dec. 3135/68; Dec. 1848/68; Dec. 1045/78; Ley 71 de 1988, Decreto 1160 de 1989)

6. EL Decreto 3074 de 1968 **derogado** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, establecía:

ARTICULO 1. *Modificase y adiciónase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:*

El artículo 29 quedará así:

El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años. Ver el Concepto del Consejo de Estado 786 de 1996, Ver las Sentencias de la Corte Constitucional C-124 de 1996 y C-563 de 1997.

7. El artículo 29, del Decreto Ley 2400 de 1968, "por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones", modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, **derogado** por la Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016, consagraba:

El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

*La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, **salvo** cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo.*

Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años. (...)"
(Subrayas fuera del texto)

8. El Decreto 1950 de 1973, **derogado** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, preceptuaba:

*"La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, **salvo** cuando se trate de ocupar las posiciones de:*

1. *Presidente de la República.*
2. *Ministro del despacho o jefe del Departamento Administrativo.*
3. *Superintendente.*
4. *Viceministro o secretario general de ministerio o departamento administrativo.*

5. *Presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado.*
6. *Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.*
7. *Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores.*
8. *Consejero o asesor, y*
9. *Las demás que por necesidades del servicio determine el gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco (65) años"*

9. El artículo 120 del Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, **derogado** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, preceptuaba:

*"El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, este obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.
El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenara por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada **pero no se hará efectiva hasta que no se haya liquidado v ordenado el reconocimiento v pago de la pensión por resolución en firme"***

10. El artículo 121, ibídem, establecía:

"La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de:

1. *Presidente de la Republica.*
2. *Ministro del despacho o jefe del Departamento Administrativo.*
3. *Superintendente.*
4. *Viceministro o secretario general de ministerio o departamento administrativo.*
5. *Presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado.*
6. *Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.*
7. *Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores.*
8. *Consejero o asesor, y*
9. *Las demás que por necesidades del servicio determine el gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco (65) años."*

11. El artículo 4º de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias**, entre ellas el artículo 1º del Decreto 583 de 1995 "por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial", dispuso:

"Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente a diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social."

12. El artículo 4º de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias**, entre ellas el artículo 1º del Decreto 2040 de 2002, por el cual se adicionan las excepciones contempladas en el artículo 121 del Decreto 1950 de 1973, establece:

*"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de **Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica"**.*

13. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias**, entre ellas el artículo 1 del Decreto 4229 de 2004, por el cual se adicionan las excepciones contempladas en el artículo 121 del Decreto 1950 de 1973 dispone:

"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio en el empleo de Subdirector de Departamento Administrativo".

14. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias** entre ellas el artículo 1° del Decreto 863 de 2008, por el cual se adicionan las excepciones contempladas en el artículo 121 del Decreto 1950 de 1973, establece:

"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Secretario de Despacho, Código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías"

15. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias** entre ellas el artículo 1° del Decreto 740 de 2009, adicionó otra vez el listado de excepciones que venimos refiriendo, de la siguiente manera:

"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Subdirector o Subgerente de establecimiento público."

16. El artículo 4° de la Ley 1836 de 30 de diciembre de 2016 **derogó todas las disposiciones que le sean contrarias** entre ellas el artículo 1° del Decreto 3309 de 2009, adicionó nuevamente, el citado listado de excepciones, en los siguientes términos:

"La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del nivel nacional o territorial."

17. El Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con la ponencia del Magistrado Cesar Hoyos Salazar, en concepto del 26 de marzo de 1996, radicado bajo el número 786, al resolver consulta presentada por la Gobernadora de Cundinamarca a través del Ministerio del Interior, señaló:

"2. La prohibición de reintegrar al servicio empleados públicos retirados para disfrutar la pensión de jubilación, establecida en los Decretos - ley 2400 (art. 29) y 3074 de 1968 (art. 1°), y 1950 de 1973 (arts. 120, 121 y 124) quedó derogada tácitamente por el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

El reintegro podrá hacerse si la persona no ha llegado a la edad de retiro forzoso; cumplida esa edad sólo podrá ser reintegrada a los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, o a los de elección popular. No obstante,

se tendrá en cuenta la incompatibilidad establecida por el artículo 128 de la Constitución, consistente en que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley." (Las subrayas y negrillas no son del texto).

18. Igualmente, en el régimen de ahorro individual la Ley 100 prevé:

"ARTICULO. 65.- Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión".

19. El artículo 26 del Decreto 806 de 1998, "por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional." Consagra:

"Afiliados al Régimen Contributivo. Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Como cotizantes:

a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país;

b) Los servidores públicos;

c) **Los pensionados** por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios;

d) Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes;

e) Los cónyuges o compañeros(as) permanentes de las personas no incluidas en el Régimen de Seguridad Social en Salud de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que reúnen alguna de las características anteriores. La calidad de beneficiario del cónyuge afiliado a sistemas especiales, no lo exime de su deber de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos de la Ley 100 de 1993.

2. Como beneficiarios:

Los miembros del grupo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto."

20. El artículo 19 de la Ley 4° de 1992, desarrolla el artículo 128 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

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

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

- b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
 - c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
 - d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-catedra; (Ver Artículos 73 y ss. Ley 30 de 1992).
 - e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.
 - f. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.
 - g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados
- Parágrafo.** No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades".

21. Igualmente, con relación al vocable ASIGNACION contenido en el artículo 128 de la Carta, el Consejo de Estado en Concepto de la Sala de Consulta Civil, radicado bajo el No. 1344 del 10 de mayo de 2001, con la Ponencia del Consejero Flavio Augusto Rodríguez Arce, expreso:

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

22. Aplicada la regla hermenéutica contenida en el artículo 27 del Código Civil, transcrita en la parte introductoria del presente, a los textos legales referidos, es forzoso arribar a las siguientes conclusiones:

-Que las prescripciones contenidas en los artículos 29 y 31 de los Decreto 2400 de 1968 y 1950 de 1973, **derogados** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, contenían una cláusula **general de prohibición** para quien se encuentre gozando de pensión vejez, consistente en que "no podrá ser reintegrado al servicio", pero que contienen a renglón seguido, las aludidas normas, una excepción a dicha prohibición, en la cual se consagra que si se puede volver al servicio público pero **solamente** a desempeñar los cargos señalados en el inciso 2° del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968. Vale decir, a los empleos de Presidente de la República, Ministro del despacho o jefe del Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro o secretario general de ministerio o departamento administrativo, Presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado, Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera, Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores, y

Consejero o asesor. Y, en idéntico sentido consagra la excepción el inciso 2° del artículo 31, ibídem, cuando señala: *"Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2° del artículo 29 de este Decreto."*

-Como las excepciones de acuerdo con los principios generales del derecho tienen aplicación restrictiva, en la praxis significaría, que una vez pensionado el empleado público, solo sería viable su reintegro al servicio, si es para desempeñar uno de los empleos señalados en el inciso 2° del artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, o los del artículo 121 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, además de los incluidos posteriormente con los decretos nacionales arriba anotados, cuales son: Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica, Subdirector de Departamento Administrativo, Secretario de Despacho, Código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías, Subdirector o Subgerente de establecimiento público, Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del nivel nacional o territorial.

23. Hasta aquí el análisis, que precede está relacionado con las disposiciones del Decreto 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

24. En este orden, se procede entonces, a incorporar para el análisis, lo señalado por el Consejo de Estado en Concepto 786 del 25 de marzo de 1996, donde al analizar las prescripciones contenidas en los artículo 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968, frente al párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, conceptuó que **"La prohibición de reintegrar al servicio empleados públicos retirados para disfrutar la pensión de jubilación, establecida en los Decretos - ley 2400 (art. 29) y 3074 de 1968 (art. 1°), y 1950 de 1973 (arts. 120, 121 y 124), quedó derogada tácitamente por el párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993.(...)"**. Y, así las cosas, fuerza concluir que el reintegro del empleado retirado con derecho a pensión, puede hacerse sin restricción, para el desempeño de cualquier empleo público de la rama ejecutiva, siempre y cuando no se haya llegado a la edad de retiro forzoso, fijada en 65 años; caso para el cual si subsistiría la restricción de acceder solo para el desempeño de los empleos excepcionados en el inciso 2° del artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968. Sobre éste particular, en el concepto referido, dijo también, el Consejo de Estado:

"El reintegro podrá hacerse si la persona no ha llegado a la edad de retiro forzoso; cumplida esa edad sólo podrá ser reintegrada a los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, o a los de elección popular. No obstante, se tendrá en cuenta la incompatibilidad establecida por el artículo 128 de la Constitución, consistente en que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni

recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley."

25. De otra parte, el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, **derogado** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, fijaba en 65 años la edad de retiro forzoso de los empleados de la rama Ejecutiva y a la vez establece la prohibición de reintegrar al servicio a la persona que haya alcanzado dicha edad. Exceptuando los mismos cargos del inciso 2° del artículo 29. Por lo tanto, forzoso es concluir que las personas llamadas a ocupar los cargos citados en el inciso 2° del artículo 29, están exceptuadas legalmente tanto de la prohibición de reintegro al servicio por tener eventualmente el status de pensionados, como de la prohibición o impedimento que genera llegar a la edad de retiro forzoso.
26. Consideramos importante resaltar que el pensionado reincorporado al servicio público, no podrá mientras dure el ejercicio de las funciones inherentes al respectivo empleo, recibir la asignación pensional correspondiente, sino aquella derivada del empleo público que desempeña. Esto en virtud de la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, cuyo tenor literal es el siguiente *"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley."*
27. Con base en todo lo anteriormente expuesto, incluidas las precisiones y conclusiones contenidas en el acápite de análisis, tenemos que mi poderdante no ha llegado aún a la edad de retiro forzoso y por tanto la ley le permite reintegrarse al servicio público.
28. Ahora bien, *¿Es posible que una persona que tiene reconocida mesada pensional, solicite la suspensión de la misma para continuar vinculada a una entidad pública o vincularse a otra entidad con las mismas condiciones, con el fin de no recibir doble asignación del tesoro?*

RESPUESTA

De acuerdo con la normatividad y jurisprudencia transcrita para la ilustrar las respuestas al presente, es jurídicamente viable, solicitar la suspensión de la pensión para reintegrarse al servicio público, en los términos señalados por el Consejo de Estado, en el plurimencionado concepto, es decir, *"si la persona no ha llegado a la edad de retiro forzoso"*.

¿Una persona que tiene reconocida mesada pensional, se puede presentar para vincularse a cualquier tipo de empleo o solo bajo las excepciones que establece la Norma?

RESPUESTA

Si como lo expuso el Consejo de Estado en el concepto de marras "**La prohibición de reintegrar al servicio empleados públicos retirados para disfrutar la pensión de jubilación, establecida en los Decretos - ley 2400 (art. 29) y 3074 de 1968 (art. 1°), y 1950 de 1973 (arts. 120, 121 y 124), quedó derogada tácitamente por el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993.(...)**" y **derogadas** por la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, fuerza concluir que el reintegro del empleado retirado con derecho a pensión, puede hacerse sin restricción, para el desempeño de cualquier empleo público de la rama ejecutiva, siempre y cuando no haya llegado a la edad de retiro forzoso, fijada en 70 años.

29. El término reintegro al servicio, no tiene por parte del legislador, circunscripción territorial ninguna, por tanto, es predicable de todas aquellas personas que estando pensionadas, tienen la posibilidad de reintegrarse al servicio público, debiendo para ello, solicitar la suspensión de la pensión.
30. De lo expuesto se tiene que los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia impugnada, se fundamentaron **EN NORMAS DEROGADAS**.
31. De otro lado, los argumentos tenidos en cuenta por la señora Juez *a quo* para adoptar la decisión contenida en los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia impugnada, desconocen los **derechos adquiridos por mi poderdante, derivados de pertenecer al Régimen de Transición**.
32. Los argumentos tenidos en cuenta por la señora Juez *a quo* para adoptar la decisión contenida en los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia impugnada desconocen el precedente contenido en las sentencias del Consejo de Estado que a continuación me permito relacionar:
 - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA - CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN - Sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-- Radicación No. 250002325000200406145 01 (2533-07) - Actor: Alcides Borbón Suescún -Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. - Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales.
 - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA - CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN - Sentencia de diez (10) de febrero dos mil once (2011).-- Radicación No. 25000 23 25 000 2004 05468 01 (1516-09) - Actor: JORGE ENRIQUE SANCHEZ RODRIGUEZ: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. - Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales.

33. En estas sentencias se precisó lo siguiente:

2.2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.

En un primer análisis, el contenido de los derechos del régimen de transición apuntan a preservar, conforme a la situación jurídica consolidada por el titular, el derecho de jubilación en cualquiera de los 3 extremos integrantes de la estructura del mismo: tiempo de cotización, edad y quantum o valor de la pensión. No obstante esta premisa básica, la verdad es que los tres elementos advertidos, en sí mismos describen cada uno una abundante complejidad, por lo que se hace necesario para los efectos de esta sentencia discriminar el ámbito que cobija cada uno de los mismos:

En cuanto al fenómeno del término y forma de cotización, las variables principales que comprometen el contenido del régimen de transición suponen, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia T-818 de 2007, la vigencia del régimen de transición sin importar que los aportes se hagan a distintos sistemas de cotización y en igual sentido la sentencia C-789 de 2002 que predica la invulnerabilidad del régimen de transición incluso frente a la propia voluntad del beneficiario o del titular cuando opta por variar los sistemas de cotización establecidos por las normas de seguridad social (prima media y ahorro individual).

Ahora, el tiempo de servicio y la edad para alcanzar el status pensional pleno, es parte singular de lo previsto en el artículo 36 inciso 2° de la Ley 100 de 1993; ya lo era en la Ley 33 de 1985 que en el parágrafo 2° de su artículo 1° excluyó de su contenido regulador en materia pensional, a quienes a la fecha de expedición de la misma habían cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, y a su vez, la Ley 797 de 2003 que estableció un sistema de transición por éste factor que luego fuera declarado inexecutable.¹ La jurisprudencia ha reconocido régimen de transición en razón de la edad con aplicación de la Ley 6° de 1945 en función de las situaciones jurídicas consolidadas a la luz del Decreto 3135 de 1968, cuyos preceptos fueron afectados por su derogatoria en virtud de la Ley 33 de 1985, y además en atención a que el Decreto 3135 tenía aplicabilidad a empleados del orden nacional y no territorial.

En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación. En efecto, integran el régimen de transición el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso -asunto precisamente debatido en esta causa-, porque esta prerrogativa es particularmente incidente en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual sin descontar aquellos en los que estrictamente se hicieron aportes conforme al régimen anterior, de manera que la integración de este elemento en los regímenes de transición se completa con todos aquellos que de manera directa tienen capacidad para determinar el valor de la liquidación o reliquidación pensional, por lo que el fallador debe abarcar su análisis para identificar en cada caso el derecho a la transición

¹ Ley 797 de 2003. Artículo 18. Modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el parágrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. INEXEQUIBLE. Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2003.

más allá del mero contenido descriptivo de la norma al fijar los condicionantes para el cálculo del quantum pensional.

En esta perspectiva, la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° parágrafo 3°, en cuanto estipula como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, se supedita al respeto del derecho de transición en el componente que examinamos, pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional mas allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí determinados.

En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer.

Consecuencialmente y como puede apreciarse de lo expuesto, para la Sala es objetivo que el principio de inescindibilidad de régimen para efectos de la reliquidación pensional, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 de la Constitución, ha de interpretarse de manera racional, esto es cuidando en no llegar al absurdo de, so pretexto de aplicar la inescindibilidad de un régimen, en la práctica, desconocer condiciones más favorables a las que eventualmente habría accedido un empleado, y que por razón de retrotraer su status a normas anteriores, tales beneficios eventualmente no tengan lugar, como suele ocurrir con ciertos sistemas de liquidación del quantum pensional, circunstancialmente más favorables en la norma actual y menos beneficiosos a la luz del régimen de transición que habilita la normatividad anterior, creando con ello una hipótesis en la que es posible reconocer que el empleado consolidó derechos a la luz de una y otra norma. En esta circunstancia es evidente que la razón de favorabilidad aconseja atenuar el principio de inescindibilidad, en función de las particularidades del régimen que in factum resulte de mejor beneficio para el trabajador.

Esta Sala ya se había pronunciado sobre el punto en sentencia de 4 de septiembre de 2003,² cuando observó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que por supuesto remite en tiempo de servicio, edad y monto al régimen anterior, más en lo atinente a la liquidación optó por lo establecido en el inciso 3° ibidem por encontrar que dicho procedimiento resulta más beneficioso de aquel que emergía del régimen anterior, por lo que es evidente, que la jurisprudencia de esta Corporación no discute la posibilidad de atenuar el principio de inescindibilidad de regímenes en función de razones de favorabilidad específica, al fin y al cabo la fuente del principio en mención es la misma, es decir las condiciones más beneficiosas para el titular de los derechos laborales. Claro que se trata de una flexibilidad sujeta a la aplicabilidad concurrente de las normas que constituyen o crean la circunstancia de favorabilidad, de tal modo que la inescindibilidad opera de manera plena si esta hipótesis no tiene lugar, es decir, es jurídicamente inadmisibles que so pretexto de la atenuación de este principio,

² Expediente No. 3636-02.

expuesto en función de la favorabilidad, se llegue al extremo de mezclar regímenes especiales con regímenes genéricos, cuestión que por la mera razón lógica de la estructura del régimen jurídico es inadmisibles. En conclusión, la figura expuesta es un elemento más para reconocer el alcance y contenido del derecho pensional a la transición como una prerrogativa autónoma, cuya naturaleza jurídica participa de la jerarquía constitucional atribuida a la seguridad social.

Bajo las anteriores precisiones en cuanto al régimen de transición y el retiro del servicio por pensión de jubilación, procede la Sala a definir la situación particular del demandante, rectificando en lo pertinente la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Segunda en providencia del 27 de octubre de 2005, Expediente No. 4773-03.³

34. De igual forma, los argumentos tenidos en cuenta por la señora Juez *a quo* para adoptar la decisión contenida en los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia impugnada desconocen el precedente contenido en la sentencia del Consejo de Estado que a continuación me permito relacionar:

- CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA - CONSEJERO PONENTE: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA - Sentencia de seis (6) de septiembre de dos mil doce (2012) - Radicación No. 050012331000200406871 01.- (2389 -2001) - Actor: AMPARO DEL SOCORRO CUARTAS CUARTAS: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. - Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales.

Sentencia en la cual se precisó lo siguiente:

“(..). Así las cosas, a las personas pensionadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 o a quienes estuvieron amparados por el régimen de transición pensional, les asiste el derecho de mejorar el monto de su pensión a través de la permanencia en el servicio hasta alcanzar la edad de retiro forzoso. En efecto, el empleado tiene la expectativa de seguir vinculado con la Administración con el objetivo de mejorar sus condiciones laborales en orden a obtener una mesada pensional superior a la que se le reconocería si se retirara en forma prematura.

El anterior criterio armoniza con el principio de irretroactividad de la Ley, pues si se parte de la base que constituye un derecho cierto el continuar con la relación laboral hasta el momento de cumplir la edad de retiro forzoso, se quebrantaría el aludido principio si se permitiera aplicar un nuevo precepto legal a situaciones definidas conforme a la normatividad anterior; es decir que la Ley no sólo estaría rigiendo hacia futuro sino que también surtiría efectos en el pasado sin justificación alguna y en perjuicio de los destinatarios, vulnerando, a su vez, la seguridad jurídica que se erige en presupuesto indispensable para la salvaguarda de los derechos y garantías de los asociados y la convivencia en comunidad.”(…)
(Subrayas fuera de texto).

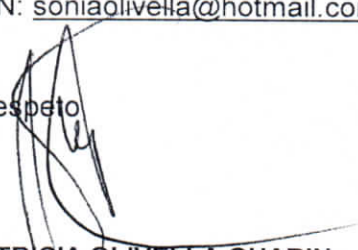
PETICIÓN

Con fundamento en los argumentos que preceden, y en aplicación de los principios del precedente judicial, y de los derechos adquiridos con todo respeto solicito a esa Superioridad se **REVOQUEN** los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia impugnada y en su lugar se acceda a las pretensiones TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA, SEPTIMA, OCTAVA y NOVENA del texto de la demanda.

Correo electrónico:

SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN: soniaolivella@hotmail.com

Señora Juez, con mi acostumbrado respeto



SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN
T.P.Nº 41-864 DEL C.S.J.
C.C.Nº 63'281.990 DE BUCARAMANGA