

Bogotá D.C., abril de 2021

Honorable Juez

**JORGE VLADIMIR PÁEZ AGUIRRE**

JUZGADO ÚNICO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE LETICIA – AMAZONAS

E. S. D.

[jadm01lt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jadm01lt@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**RADICADO:** 91001333300120190013400

**PROCESO:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**DEMANDANTE:** LEIDY JOHANA NEIRA DUQUE

**DEMANDADO:** INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

**ASUNTO:** FORMULACIÓN EXCEPCIÓN PREVIA

**JOAN STEVEN CASTAÑEDA CUELLAR**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.013.606.128 y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 270.278 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, establecimiento público del orden nacional creado mediante Ley 75 de 1968, de conformidad al poder otorgado por el **Dr. EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.962.630 de Bogotá, nombrado mediante Resolución No. 8774 del 30 de septiembre de 2019 y Acta de posesión No. 00204 del 01 de octubre de 2019, actuando en calidad de **JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, y con fundamento en el numeral 12 del artículo 6º del Decreto 0987 de 2012, me permito por medio del presente escrito **FORMULAR LA EXCEPCIÓN PREVIA QUE SE FUNDAMENTA A CONTINUACIÓN** y respecto de la demanda a través de la cual se impetro el **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, por parte de **LEIDY JOHANA NEIRA DUQUE**.

#### I. DE LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO Y DEL TÉRMINO PARA LA FORMULAR LA EXCEPCIÓN PREVIA

El auto admisorio de la demanda de fecha veintiuno (21) de febrero de dos mil veinte (2020), notificado por estado del dos (2) de marzo de la misma anualidad, junto con el escrito del libelo inicial fue notificado de forma personal a este extremo al correo electrónico [notificaciones.judiciales@icbf.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@icbf.gov.co) el día veintiséis (26) de enero de 2021. De acuerdo con el art. 8 del Decreto 806 de 2020, la notificación personal se entendió realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje, esto es el veintiocho (28) de enero de 2021 y los términos empezaron a correr a partir del día siguiente al de la notificación. Es decir que, a partir del día veintinueve (29) de enero de 2021 se cuentan los 25 días para que permaneciere en la secretaría las presentes diligencias a disposición del notificado, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el Artículo 612 del Código General del Proceso, esto es hasta el pasado once (11) de marzo de 2021. Así, término de treinta (30) días, según lo establece el artículo 172 ibidem, y dentro del cual se debería contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, empezó a correr a partir del doce (12) de marzo de 2021 hasta el treinta (30) de abril de la misma anualidad, motivo por el cual el presente escrito es presentado dentro del término legal para tal efecto.

#### II. EXCEPCIONES PREVIAS

Previamente, es importante rescatar que con la entrada en vigor del nuevo estatuto de lo contencioso administrativo-CPACA, se cambió el modelo o sistema netamente escritural que traía el

Decreto 01 de 1984 a implementar un método procesal oral, cuyo propósito esencial es imprimir agilidad y rapidez a los negocios que se ventilen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que permita a las partes obtener una administración de justicia pronta y oportuna.

La Ley 1437 de 2011 establece una novedad consistente en la posibilidad de presentar excepciones previas en los procesos contenciosos tramitados en esta jurisdicción. En efecto, el numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A. indica expresamente que se consideran, entre otras, excepciones previas como la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva.

De otro lado, atendiendo a que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no enuncia las excepciones previas que se pueden formular, simplemente se refiere a ellas de manera genérica en el artículo 180 numeral 6, es necesario acudir por remisión expresa del artículo 306 ibidem, al artículo 100 del CGP que las enlista explícitamente y señala que las mismas podrán ser propuestas por el demandado dentro del término de traslado de la contestación de la demanda, las cuales consisten en:

*"1. Falta de jurisdicción o de competencia. 2. Compromiso o cláusula compromisoria. 3. Inexistencia del demandante o del demandado. 4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado. 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones. 6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar. 7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde. 8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto. 9. **No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.** 10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar. 11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada."  
(Destacado de esta defensa)*

De suerte que, para efectos de decidir las excepciones previas propuestas, y en aras de preservar el sistema oral predominante en la Ley 1437 de 2017, es procedente aplicar la norma especial consignada en el artículo 180 del CPACA, que fijó una serie de fases a surtir en la audiencia inicial, entre ellas, está precisamente la denominada por el legislador como:

*"6. Decisión de excepciones. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva."*

En ese entendido, todos aquellos medios exceptivos previos que se planteen con el escrito de contestación de la demanda, indiscutiblemente se resolverán en el trámite de la audiencia inicial, como en efecto lo prevé el artículo 180 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011, norma especial imperante para los asuntos que se ventilen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Vale indicar que las disposiciones normativas de la Ley 1564 de 2012 -actual C.G.P.- serán aplicables excepcionalmente en los aspectos no contemplados en CPACA, en lo demás se regirán conforme los cánones de esta última codificación.

## A. EXCEPCION DENOMINADA: NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS.

3

El artículo 100 del CGP, establece que, salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

### “9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.”

Por su parte el artículo 224 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que:

*“COADYUVANCIA, LITISCONSORTE FACULTATIVO E INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM EN LOS PROCESOS QUE SE TRAMITAN CON OCASIÓN DE PRETENSIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONTRACTUALES Y DE REPARACIÓN DIRECTA. Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvancia o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum. El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio. En los litisconsorcios facultativos y en las intervenciones ad excludendum es requisito que no hubiere operado la caducidad. Igualmente, se requiere que la formulación de las pretensiones en demanda independiente hubiera dado lugar a la acumulación de procesos. De la demanda del litisconsorte facultativo y el interviniente ad excludendum, se dará traslado al demandado por el término establecido en el artículo 172 de este Código.”*

Para este caso en concreto, la excepción denominada "FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITIS CONSORCIO NECESARIO", esta afincada en la necesidad de integrarse el Litis consorcio necesario con **LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por cuanto, la decisión de suspensión provisional fue del resorte exclusivo de la Fiscalía General de la Nación, por lo que al ICBF no le asiste ninguna responsabilidad; de otra parte, el pago de salarios y prestaciones reclamado sería a título indemnizatorio, y en el caso concreto no existe el vínculo de causalidad entre el accionar de ICBF y los hechos que causaron presuntos perjuicios a la accionante.

Sobre el derecho controvertido, con apoyo en el precedente judicial consignado en la sentencia de 25 de enero de 2007, proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente 1618-03, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, debe decirse que desde el momento en que se revocó la medida adoptada por la justicia penal, quedó sin sustento la suspensión provisional de la actora en el ejercicio de sus funciones y por ende, si bien tiene derecho a percibir los emolumentos económicos derivados de su relación laboral, durante todo el tiempo que transcurrió desde la suspensión hasta el levantamiento de la medida, ellos en última instancia deben ser asumidos por parte de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, emolumentos los cuales, en tal caso, podrían ser erogados por el ICBF en su calidad de empleador, quien a la postre podría repetir contra el referido ente instructor a fin de evitar un perjuicio patrimonial, así las cosas, es claro que los efectos de la Sentencia en ese sentido emitida contendrán efectos que cobijan a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por lo cual y atendiendo razones de conveniencia y de economía es menester que concurra a este mismo proceso.

Es importante tener en cuenta que el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, mediante sentencia del 25 de enero de 2007, expresó:

*En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Entidad a la cual estaba vinculado el actor es la que debe asumir tal carga como consecuencia de que por la orden judicial se retrotrae la situación al estado anterior, como si el funcionario jamás hubiera sido separado del servicio, lo que explica la obligación de pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir. Otra cosa es que el nominador pueda repetir contra la Fiscalía General de la Nación en obediencia de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión.*

La medida de suspensión provisional impuesta por orden judicial, no conlleva el rompimiento de la relación laboral, sino la condiciona al desenvolvimiento del proceso penal, constituye entonces una medida cautelar y transitoria a la que se sujeta el funcionario investigado y con la cual se busca proteger la transparencia y eficiencia de la investigación penal, y no sancionarlo en forma prematura, ya que, en virtud del artículo 29 de la C.N. lo acompaña la presunción de inocencia durante el desenvolvimiento del proceso. Por lo tanto, una vez producido el levantamiento de la medida de suspensión provisional, por orden judicial, cesa la situación de suspenso en el reconocimiento de salarios y prestaciones y las cosas retornan a su estado original, esto es, se restablecen a plenitud las condiciones del vínculo laboral, recayendo sobre el nominador la obligación de reintegrar las sumas de dinero dejadas de pagar.

Establecido lo anterior debe precisarse que la suspensión de la actora **LEIDY JOHANA NEIRA DUQUE**, no fue iniciativa de la entidad demandada que represento -ICBF- con la que estuvo vinculada laboralmente como funcionaria Pública, y si bien prima facie tal circunstancia no la relevaría de su condición de empleadora y por ende no la exoneraría del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión, es preciso que se denote que la responsable de la situación descrita es la mentada **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a tal punto que la jurisprudencia faculta a esta Entidad en su calidad de nominador para que pueda repetir contra la misma en obediencia de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión y el cese en el pago de salarios.

De acuerdo con el sub examine, es relevante señalar en primer lugar, que conforme el contenido literal del inciso primero del artículo 61 del C.G.P., el litisconsorcio necesario puede darse 1) por la naturaleza de las relaciones en controversia, ii) por disposición legal o iii) **porque los sujetos intervinieron en la producción de los respectivos actos, entendiéndose que puede darse por cualquiera de las anteriores circunstancias, sin que sea necesario que se configuren los tres eventos mencionados.**

Ahora bien, es conveniente destacar que la Ley 1437 de 2011 no reguló lo concerniente con el litisconsorte necesario, de suerte que se debe acudir al Código General del Proceso, más exactamente al artículo 61 que reza así:

*"Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. En caso de no haberse ordenado el*

*traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término. Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas. Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos. Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio."*

5

En efecto, la Ley 1564 de 2012 desarrolla el trámite que se debe surtir para la conformación del Litisconsorcio necesario; la regla general es que la demanda se formule por todas las partes y se dirija contra todas las partes, sin embargo, cuando esto no sucede, el juez de oficio ordenará el traslado y notificación del auto admisorio a quienes integren el contradictorio.

En caso de no conformarse en debida forma el contradictorio en la fase de admisión de la demanda, el juez de oficio o a petición de parte citará las personas que deban comparecer, siempre y cuando no se haya dictado sentencia en primera instancia. **VALE RESALTAR, QUE EL ANTERIOR PROCEDIMIENTO APLICA CUANDO SE PROPONGA COMO UNA SOLICITUD DE PARTE O EN CUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL DEL JUEZ, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 42 NUMERAL 5 DEL C.G.P, DE CONFORMAR O INTEGRAR EL LITISCONSORCIO NECESARIO.** Pero si por el contrario se formula como excepción previa tal como lo dispone el artículo 100 numeral 9 del CGP: "No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios", debe indiscutiblemente resolverse en la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 del CPACA, en la fase de: "6. Decisión de excepciones previas", decisión susceptible de recurso de apelación.

Si bien podría considerar el despacho que la presencia de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** no responde estrictamente a la causación jurídica de la figura del litisconsorcio necesario, del cual se desprende la posibilidad de invocar la referida excepción que reposa en el artículo 100 numeral 9 del CGP, eso no deriva en la imposibilidad de integrar el contradictorio con esa Entidad, pues la misma, en gracia de discusión ostenta la calidad de litisconsorte cuasinecesario, figura sobre la cual ha dicho el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, en fecha diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010), Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00073-01(38341), lo siguiente:

*Las partes que participan en la composición de un litigio, como demandante y demandado, pueden estar conformadas por una sola persona en cada caso o, por el contrario, pueden converger a integrarlas una pluralidad de sujetos, evento en el cual se está en presencia de lo que la ley y la doctrina han denominado un litisconsorcio.*

*Esta institución consagrada en nuestra legislación procesal (artículos. 50 y ss. del C. de P. Civil), ha sido dividida tradicionalmente atendiendo a la naturaleza y número de relaciones jurídicas que intervengan en el proceso en dos clases a saber: litisconsorcio necesario y litisconsorcio voluntario o facultativo. Existe una tercera modalidad reconocida por la doctrina y la jurisprudencia como litis consorcio cuasinecesario.*

*Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única "relación jurídico sustancial" (art. 51 C. de P. Civil); en este caso y por expreso mandato de*

la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos.

6

En cambio, el litisconsorcio será facultativo o voluntario cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil). En este caso, el proceso puede adelantarse con o sin su presencia porque el contenido de la sentencia en últimas no lo perjudica ni lo beneficia. Sólo contándose con su presencia en el proceso, la decisión que se adopte en la sentencia lo vinculará, dado que en ella se decidirá sobre sus propias pretensiones o sobre las razones que esgrime en su defensa. La intervención facultativa sólo podrá ejercerse hasta antes de que se profiera sentencia de única o primera instancia y dentro del término previsto para la interposición de la acción correspondiente, esto es, siempre que no hubiese operado la caducidad (art. 52 ajusten).

El litis consorcio cuasinecesario, es una especie o modalidad jurídica intermedia, entre el litis consorcio necesario y el litis consorcio facultativo, que se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la activa o por la pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos (inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil.).

Es, por consiguiente, una figura procesal distinta al litisconsorcio necesario, que implica la legitimación simultánea para varios sujetos, pero sin que la propia ley, ni la naturaleza de la relación sustancial, establezca como requisito sine qua non para su procedencia, la integración del contradictorio con todos ellos. Además, esta modalidad se identifica con el litis consorcio necesario en que en una y en otra la sentencia vincula al tercero y lo afecta, pero se diferencian en que en el litis consorcio cuasinecesario no se requiere que todos los sujetos comparezcan al proceso para proferirla; y se parece al litis consorcio facultativo en que el sujeto voluntariamente puede concurrir o no al proceso, pero difiere del mismo por cuanto si no comparece al proceso la sentencia es uniforme y lo vincula.

Con todo, el interviniente cuasinecesario puede presentarse al proceso en el estado en que se encuentre, siempre que no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia, y procede su actuación con todas las prerrogativas de parte (art. 52 del C. del P. Civil).

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEFENSA

De conformidad con lo consagrado en el artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), me permito estructurar la defensa a cargo del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en los siguientes términos:

#### NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE:

Dispone la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia:

*ARTÍCULO 147. SUSPENSION EN EL EMPLEO. La suspensión en el ejercicio del empleo se produce como sanción disciplinaria o por orden de autoridad judicial.*

*El funcionario suspendido provisionalmente en un proceso penal o disciplinario que sea reintegrado a su empleo tendrá derecho a reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante ese período y de ese tiempo se le computará para todos los efectos legales en los siguientes casos:*

*Cuando el proceso termine por cesación de procedimiento o por preclusión de la instrucción.*

*2. Cuando sea absuelto o exonerado.*

*Cuando la sanción disciplinaria sea suspensión o multa se tendrá en cuenta el tiempo que haya estado suspendido provisionalmente y se le reconocerá el pago de lo que exceda de la sanción impuesta. En caso de multa se le descontará del valor que haya que reintegrarle por el tiempo que estuvo suspendido.*

*PARÁGRAFO. La suspensión en el empleo genera vacancia temporal del respectivo cargo. En consecuencia, la autoridad nominadora procederá a efectuar el respectivo nombramiento provisional o el encargo que corresponda, para la atención de las respectivas funciones.*

De acuerdo con lo establecido en el literal h) del artículo 2.2.5.10.1 del Decreto 1083 de 2015 en concordancia con el artículo 2.2.5.10.1 ibidem, los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en la situación administrativa de suspensión en ejercicio de sus funciones, situaciones que se rigen por las normas disciplinarias, fiscales o penales que regulan la materia.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, emitió el Concepto 16021 de 2016, que contempla:

*(...) Con respecto a la viabilidad de efectuar el pago de salarios de los días en los cuales el servidor se ha encontrado cobijado con medida de aseguramiento, es importante indicar que mediante el Decreto 1737 del 15 de mayo de 2009, el Gobierno Nacional señaló la imposibilidad de que se puedan realizar pagos por servicios no prestados al disponer lo siguiente:*

*“ARTÍCULO 1°, El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.*

*ARTÍCULO 2°. El jefe inmediato deberá reportar al jefe de personal, o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002.*

*El servidor público que no concurra a laborar, dentro de los dos días hábiles siguientes deberá informar a la dependencia de talento humano o a la que haga sus veces, los motivos que ocasionaron su ausencia. Cuando los motivos no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no se justifique la inasistencia, el funcionario responsable de ordenar el gasto deberá descontar el día o los días no laborados.*

*El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normatividad vigente”.*

*Esta norma reitera lo señalado en el Decreto 1647 del 5 de septiembre de 1967, que establecía que los pagos por sueldos a los servidores del Estado serán por servicios rendidos, y los funcionarios encargados de certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.*

*Frente al tema de descuento de días dejados de laborar sin justa causa, la Corte Constitucional en la sentencia T-1059 del 05 de octubre de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentarías, afirmó:*

*“(…) La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y, por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.*

*Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente, producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia y por ende el descuento por días no laborados sin justificación legal. Pues, no existe causa legal para su pago.*

*En el Decreto aludido, no se observa la exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento o no pago que procede ipso jure, cuandoquiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley. (…)*”.

*La Corte Constitucional ha señalado que resulta improcedente reconocer y pagar salarios por servicios no prestados efectivamente a la Entidad sin justificación legal, toda vez que ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento de la administración pública (Sentencias T-927 del 10 de octubre de 2003 y T-331 A del 2 de mayo de 2006).*

*Teniendo en cuenta lo anterior, en criterio de esta Dirección no es posible el pago de salarios y prestaciones sociales del empleado durante el tiempo en el que no ejerce su empleo en razón a que se encuentra privado de la libertad. Por consiguiente, como quiera que no se está prestando el servicio no habrá lugar al pago de salario, por cuanto, se reitera, éste se percibe por la prestación efectiva del mismo (…).*

En igual sentido el Decreto 1083 de 2015 contempla: (…)

**ARTÍCULO 2.2.5.5.48 Reintegro al empleo y reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir como consecuencia de la suspensión.** De conformidad con lo señalado en el artículo 158 de la Ley 734 de 2002, el servidor público que en un **proceso disciplinario** hubiere sido suspendido provisionalmente, será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio, decisión de archivo, terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia. (negrilla extra-texto).

**ARTÍCULO 2.2.5.5.56. Pago de la remuneración de los servidores públicos.** El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

El jefe inmediato deberá reportar al jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002, y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan (...).

Así mismo el referido concepto, el Departamento Administrativo de la Función Pública señala:

*“...La orden de suspensión del cargo presupone la existencia de investigaciones fiscales o de procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal y se mantiene, por mandato de la Constitución “mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.”*

**“Ante la imposibilidad de ejercer sus funciones, el empleado no podrá percibir el salario asignado a su cargo, pues este derecho se deriva directamente de la prestación del servicio, por lo cual el Decreto 1647 de 1967, prohíbe reconocer y pagar remuneración por servicios no prestados, concordante con la prohibición contemplada en el artículo 41, numeral 19, de la Ley 200 de 1995 de:**

*“Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o en cuantía superior a la legal, efectuar avances prohibidos por la ley y reglamentos salvo las excepciones legales”. (resaltado nuestro)*

*En la sentencia del 6 de febrero de 1997, expediente 9236, se expresó:*

**“Cuando un funcionario de la rama ejecutiva es suspendido en el ejercicio de sus funciones por orden de una autoridad judicial penal, y posteriormente es absuelto, dicha situación no genera el reconocimiento y pago de salarios y las prestaciones correspondientes al periodo de inactividad, pues no existe norma expresa que autorice en esos casos cancelar los sueldos dejados de devengar por el empleado suspendido por orden judicial”**

El Consejo de Estado, a través de reciente sentencia, (CE Sección Segunda, Sentencia 25001234200020130648601 (05492017), Mar. 28/19 - C. P. William Hernández) le negó el reintegro de salarios a un funcionario de la Dian que había sido suspendido de su cargo por haber sido privado de su libertad y, posteriormente, la recuperó por vencimiento de términos.

Vale decir que el operario interpuso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en aras a que se le pagaran los salarios que dejó de percibir al haber sido suspendido de su cargo.

Lo anterior luego de que se le cobijara con medida de aseguramiento dentro de un proceso penal que enfrenta, por los cargos de concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y lavado de activos.

La Sección Segunda sostuvo que el pago de los salarios procede cuando al operario que fue suspendido de su cargo, por la imposición de una medida de aseguramiento, se le desvincula de la actuación penal o no es condenado.

Teniendo en cuenta que en este caso la revocatoria de la medida de aseguramiento obedece a un vencimiento en los términos, pero el demandante sigue vinculado a la investigación y sin que se defina si es responsable o no de los punibles que se le imputan, no procede ordenar el pago de los salarios, así el propio servidor haya sido reintegrado a su cargo.

En el momento en que la medida judicial se levante, decisión que la autoridad judicial debe comunicar a la respectiva autoridad administrativa, cesan los efectos de la suspensión.

En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, la entidad a la cual estaba vinculado el servidor agrega la Sala, es la que debe asumir tal carga, como consecuencia de que por la orden judicial se retrotrae la situación al estado anterior, lo que explica la obligación de pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir.

“Otra cosa es que el nominador pueda repetir contra la Fiscalía en obediencia de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión. Como sustento adicional de esta tesis se recuerda que en los casos de suspensión disciplinaria el pago de las acreencias laborales le corresponde al nominador, aunque la orden haya sido proferida en acatamiento de lo dispuesto por la Procuraduría”, agrega el pronunciamiento.

Finalmente, la corporación advirtió que en los eventos de subsistir alguna duda puede aplicarse los principios fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, allí se establece que debe acudirse a la “situación más favorable al trabajador en aplicación e interpretación de las fuentes formales de Derecho”

El Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "B" - Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en fecha cuatro (4) de agosto de dos mil once (2011), en proceso identificado con el número de radicación: 25000-23-25-000-2001-06140-01(1632-08), estableció que:

*Esta Sección, en sentencia del 25 de enero de 2007, expediente No. 05001-23-31-000-1998-00883-01 (1618-03), Actor: CESAR CASTAÑO JARAMILLO, Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, precisó que el reconocimiento de salarios y prestaciones causadas por el lapso en que el servidor público estuvo suspendido del ejercicio del cargo por orden judicial es de esta Sección por ser un asunto eminentemente laboral.*

*En principio, las entidades deben reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales por el término en que estuvo suspendido el empleado, sin que pueda exonerarse la entidad por el hecho de que materialmente no hubo prestación del servicio, pues el acto de suspensión en forma implícita la conlleva; de manera que el "levantamiento de la medida penal las cosas se retrotraen al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión", por ello, deben reconocerse los emolumentos dejados de percibir en el lapso aludido. De la misma forma debe considerarse que el cumplimiento de la orden judicial es una carga pública tanto del empleado, a quien se le privó de la libertad mientras se adelanta la investigación penal y, de la entidad pública nominadora que debe asumir el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión, pese a que fue por decisión judicial la existencia de la interrupción laboral. Lo antes dicho, como se indicó en la providencia aludida, sin perjuicio de que se pueda repetir contra la autoridad judicial que profirió el mandato de suspensión, en especial, cuando se pueda demostrar la existencia de una privación injusta de la libertad.*

Para la Sala la existencia de una inhabilidad sobreviniente o incompatibilidad desaparece en el momento en que, como en este caso, se levanta la medida de aseguramiento que priva la libertad del sindicado porque, la norma es clara en precisar que sólo existe incompatibilidad sobreviviente cuando exista la medida de aseguramiento "que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional". En otras palabras, el funcionario judicial que goza de presunción de inocencia al igual que todos los ciudadanos, sólo puede estar separado del cargo cuando esté privado de la libertad; es más, aún en este último evento, la ley autorizó que continúe en el ejercicio del cargo cuando tenga el beneficio de la libertad condicional. En el presente asunto hubo una suspensión de la relación laboral, mientras estuvo privado de la libertad, la que cesó cuando se ordenó su libertad provisional por el fallo de 1ª instancia tantas veces aludido y por ello debía reintegrarse al cargo. Esta actuación que debía hacer el actor no lo hizo, y por el contrario expresamente manifestó su intención de no querer reintegrarse sólo hasta cuando quedara en firme el fallo que lo absolviera definitivamente del hecho punible imputado; esta decisión, así fuera llevada por un convencimiento errado, evitó que el nominador cumpliera con la orden judicial y lo reintegrara. Conforme al panorama anterior, cuando formuló la petición de reintegro, cuatro años después, esta resultaba improcedente pues, de un lado existían situaciones administrativas que lo impedían, pero además, como ya se indicó, era inconducente porque la absolución definitiva sólo le otorgaba el derecho a percibir los salarios y prestaciones dejadas de percibir como lo ordenó el a quo y no el reintegro, pues este debió efectuarse en tiempo pretérito y sobre este, se insiste, expresamente el actor manifestó su intención de no revincularse. En otras palabras, el actor sólo tendría potestad de reclamar los derechos indemnizatorios que le correspondía mientras estuvo suspendida su relación laboral, esto es mientras estuvo privado de la libertad, cuando la recobró debió petitionar su incorporación y no solicitar, como en efecto lo hizo, que no se le revinculara, pues ello comporta una renuncia a sus derechos.

La misma Corporación, en Sentencia del Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en el marco del sumario identificado con la radicación número: 13001-23-31-000-2009-00309-01(1879-12), y en fecha doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014), estableció lo siguiente:

Para desatar esta objeción de la parte demandada, se observa que la decisión atacada en el presente caso es el acto ficto o presunto, mediante el cual se le negó al actor el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que permaneció suspendido del cargo, y que fue expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad con la cual sostenía una relación laboral, situación por la que al tenor del artículo 150 del C.C.A, dicha entidad está llamada a ser parte dentro del presente proceso, primero, por tener interés jurídico en defender la legalidad del acto demandado al ser su órgano emisor, y segundo, por cuanto, de acuerdo con la situación fáctica expuesta en la demanda y de acuerdo con las pruebas documentales anexadas al proceso, dicha entidad sostenía una relación laboral con el actor, hecho que le impusiera, eventualmente, responder frente a las pretensiones invocadas.

De antaño esta Sección ha sostenido que cuando existe suspensión en el ejercicio de la función pública por orden judicial para adelantar investigación penal, a la autoridad administrativa no le queda opción más que cumplir, decisión que se mantiene mientras permanezca vigente la orden judicial para hacer efectiva medida de aseguramiento. Levantada esta y absuelto el investigado, la administración está obligada al restablecimiento del derecho del otrora investigado. De no hacerlo el funcionario absuelto cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho al interior de la cual puede, incluso, solicitar que se le repare el daño ocasionado, dado que para proponer el restablecimiento del

derecho ha de mediar solicitud para el pago de salarios y prestaciones durante el tiempo de suspensión.

12

*De la misma forma debe considerarse que el cumplimiento de la orden judicial es una carga pública tanto del empleado, a quien se le privó de la libertad mientras se adelanta la investigación penal y, de la entidad pública nominadora que debe asumir el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión, pese a que fue por decisión judicial la existencia de la interrupción laboral. Lo antes dicho, como se indicó en la providencia aludida, sin perjuicio de que se pueda repetir contra la autoridad judicial que profirió el mandato de suspensión, en especial, cuando se pueda demostrar la existencia de una privación injusta de la libertad. Esta tesis ha sido reiterada y es hoy vigente al interior de la Sección, luego no solo se trata del pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por parte de servidor público suspendido por orden de un juez al interior de una investigación penal, que en este caso terminó con absolución para el investigado y juzgado penalmente, sino que la solicitud de pago de dichos emolumentos dejados de percibir se elevó ante la autoridad nominadora, por razón de la permanencia del vínculo laboral cuya suspensión se terminó, solicitud que da lugar a un pronunciamiento de la administración, para este asunto ficto que es enjuiciable por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como en efecto acontece.*

*Así las cosas, estos que señala la demandada como actos administrativos, realmente constituyen actos de mera información, con los cuales se busca ilustrar al hoy demandante respecto del procedimiento que se ha de surtir previo a resolver si asiste derecho o no y el monto de lo adeudado. La anterior conclusión se deduce de la simple lectura de dichos oficios, en los que no se pone fin a la actuación que busca el pago de las acreencias laborales con ocasión del levantamiento de la suspensión en el empleo solicitada como consecuencia de la investigación penal adelantada en su contra, vale decir estos actos no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, sino que solamente transmiten información de la que a su vez se deduce la posibilidad de continuar la actuación.*

*Como ya se dijo en líneas anteriores, de lo que se trata aquí es de un proceso de responsabilidad legal derivado del hecho cierto de que el actor estuvo suspendido por orden de un fiscal al interior de una investigación de tipo penal que se adelantaba en su contra. Levantada la suspensión por cuenta de que el investigado y juzgado Martin Emilio Berrio Julio fue absuelto al interior del proceso penal, lo procedente es que por aplicación analógica del artículo 158 de la Ley 734 de 2002, dado el principio de favorabilidad que consigna el artículo 53 de la Carta Política en cuanto situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, sea reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho el reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el periodo de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio. Nótese que aquí la persona que se cree lesionada en un derecho amparado por una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. (...) Por lo anterior, en este asunto solo se debate el primer tipo de responsabilidad, la derivada de la ley y que es producto de la omisión del pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir por el demandante durante el periodo de suspensión de la prestación efectiva del servicio a la entidad demandada, quien es la llamada a restablecer el derecho que efectivamente se lesionó al omitir dicho reconocimiento, máxime si como quedó demostrado al interior del proceso, en situación similar la entidad mediante Resolución No. 0148 de 7 de marzo de 2002 había reconocido y ordenado el pago a una funcionaria en su condición de Auxiliar de Servicios Generales 5335-01 de la planta Global de la delegación departamental*

de Bolívar, los emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que duró suspendida por razón de investigación adelantada por la Fiscalía 17 Seccional de Cartagena que finalmente terminó con preclusión de la investigación, luego ante idéntica razón de hecho, idéntica razón de derecho so pena de quebrantar la igualdad de trato en las relaciones jurídicas de la administración.

13

#### IV. PETICIÓN

De acuerdo con los argumentos fácticos y jurídicos particulares del caso, y las pruebas aportadas, recaudadas y practicadas, pido respetuosamente al juez:

**PRIMERO:** Se sirva tener como probada la excepción previa formulada y que se denominó **“NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS”**.

**SEGUNDO:** En esa línea de pensamiento solicito se ordene la conformación del litisconsorcio necesario por pasiva de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.

**TERCERO:** En consecuencia, **INTEGRAR** el contradictorio por pasiva con la NACIÓN -FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, para que, por medio de la Secretaría de esta célula judicial, se notifique personalmente y corra traslado de la demanda en la forma y con el término de comparecencia dispuesto para el demandado.

#### V. PRUEBAS

##### DOCUMENTALES:

- Solicito a usted Señor Juez sea tenida como prueba documental los obrantes en el expediente como es la copia de los antecedentes administrativos que se anexan y que dieron origen a la decisión contenida en el oficio No. 12100-E-2018-699685 de 18 de enero de 2018, mediante el cual el Director de Gestión Humana, Dr. Carlos Enrique Garzón Gómez le negó la solicitud de reconocimiento de salario a favor de la señora Leidy Johana Neira Duque mientras se encontraba suspendida temporalmente en el ejercicio del cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 8 de la planta global del ICBF, desde el 15 de febrero de 2018 hasta el 14 de junio de 2018.

#### VI. NOTIFICACIONES

Conforme lo dispone el artículo 205 del CPACA, y el Decreto 806 del 4 de junio del 4 de junio de 2020 por el cual se facilita el acceso a la justicia a través de medios virtuales y agilizan procesos; REITERO, que acepto y autorizo ser notificado por medio de correo electrónico, así:

Mi representada ICBF recibe notificaciones en el correo electrónico, **notificaciones.judiciales@icbf.gov.co**, y en la Avenida carrera 68 No. 64 c - 75, en la ciudad de Bogotá D.C.

El suscrito abogado en mi condición de apoderado del ICBF, manifiesto que recibo notificaciones en el correo electrónico **joan.castaneda@icbf.gov.co** y **abogadojoancastaneda@gmail.com**, y el teléfono móvil o vía WhatsApp 310 279 5685.

## VII. ANEXOS

Me permito aportar:

1. Expediente Administrativo completo con los antecedentes del acto acusado.

Atentamente.

*Joan S. Castañeda C.*  
**JOAN STEVEN CASTAÑEDA CUELLAR**  
C.C. No. 1.013.606.128 de Bogotá  
T.P. No. 270.278 del C. S. de la J.

PÚBLICA