



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

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00194-00**
Demandante: NUBIA ESPERANZA QUIROGA LARROTA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES-
Asunto: SENTENCIA

La señora **NUBIA ESPERANZA QUIROGA LARROTA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.404.088 de Zipaquirá, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1.1. PRETENSIONES

1.1.1. Que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. GNR 278411 del 10 de septiembre de 2015, GNR 32873 del 30 de enero de 2016, VPB 30371 del 26 de julio del mismo año, SUB 232423 del 20 de octubre de 2017, SUB 264137 del 22 de noviembre de dicha anualidad, DIR 1643 del 24 de enero y SUB 66323 del 9 de marzo, ambas de 2018, por medio de las cuales la entidad demandada le negó a la actora el reconocimiento pensional como beneficiaria del régimen de transición, en concordancia con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó:

1.1.2. Reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 6 de febrero de 2014, fecha en que adquirió el estatus de pensionada, con más de mil

semanas cotizadas, equivalente a más de 20 años de servicios y 55 años de edad, de acuerdo al régimen de transición de la Las Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, en cuantía del 75% de los salarios y demás factores percibidos durante el último año de servicios, comprendido entre el 6 de febrero de 2013 y el 6 de febrero de 2014, sin que haya lugar a declarar la caducidad de mesadas.

1.1.3. Pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación de la pensión, con fundamento en el IPC establecido por el DANE, desde el momento del reconocimiento de la prestación hasta que se realice el pago, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 187 y 192 del C. P. A. C. A.

1.1.4. Pagar costas y agencias en derecho, en virtud de lo preceptuado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la apoderada de la parte actora alude a los siguientes hechos:

1.2.1. La señora Nubia Esperanza Quiroga Larrota, nació el 06 de febrero de 1959 y para el 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones tenía más de treinta y cinco (35) años de edad.

1.2.2. Según el reporte de semanas cotizadas en pensiones, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la señora Nubia Esperanza Quiroga Larrota, acreditaba más de 750 semanas cotizadas.

1.2.3. La demandante empezó a cotizar a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, a partir del 23 de abril de 1993, siendo su empleadora la Contraloría de Cundinamarca.

1.2.4. La actora empezó a cotizar al Instituto de Seguro Social ISS, a partir del 3 de julio de 1978.

1.2.5. El 20 de enero de 2000, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a través de engaños, persuadió a la demandante para que se afiliaría a su administradora, al cual pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin informarle las implicaciones de trasladarse del régimen pensional.

1.2.6. El 6 de febrero de 2014, la actora cumplió 55 años de edad y contaba con más de 20 años de servicio.

1.2.7. Para la fecha de traslado de régimen, la demandante reunía los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.2.8. El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conocía de los antecedentes laborales y salariales de la demandante, previo a su afiliación a dicha administradora y no le informó sobre la posibilidad que tenía de devolverse al régimen de prima media o de retractarse de su afiliación.

1.2.9. El 28 de septiembre de 2009, la demandante le solicitó a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. el traslado a Colfondos.

1.2.10. La actora tuvo conocimiento que los fondos privados a los cuales se había afiliado no le habían suministrado la suficiente información, para tomar la mejor decisión, razón por la cual se sintió engañada y, en consecuencia, solicitó la nulidad del traslado, la cual fue negada.

1.2.11. El 4 de abril de 2014, el Juzgado 29 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, ordenó a Colfondos el traslado al régimen de prima media de la demandante a la Administradora Colombiana de Pensiones, entidad que debía aceptar el mismo.

1.2.12. Mediante la Resolución No. GNR 278411 del 10 de septiembre de 2015, se negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por la demandante, por no acreditar los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación, de conformidad con la Ley 797 de 2003.

1.2.13. Por las Resoluciones Nos. GNR 32873 del 30 enero 2016 y VPB 30371 del 26 de julio de la misma anualidad, se resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el acto administrativo señalado anteriormente, confirmándolo en su integridad.

1.2.14. A través de la Resolución No. SUB 232423 del 20 de octubre de 2017, Colpensiones reconoció la pensión de vejez a la demandante. La liquidación se basó en 1780 semanas cotizadas, con un IBL de \$2.312.827,00 m/cte. al que se le aplicó la tasa de reemplazo del 77.43%, prestación que se dejó en suspenso hasta el retiro definitivo de su servicio oficial.

1.2.15. Mediante la Resolución No. SUB 264137 del 22 noviembre de 2017, se resolvió el recurso de reposición contra el acto administrativo señalado en el numeral anterior, reliquidando la pensión de vejez, en cuantía de \$1.800.353. La liquidación se basó en 1784 semanas cotizadas sobre un ingreso base de liquidación de \$2.325.436,00 m/cte. y una tasa de reemplazo de 77.42%, prestación que, igualmente, fue dejada en suspenso hasta el retiro definitivo de su servicio oficial.

1.2.16. Por medio de la Resolución No. DIR 1643 del 24 enero 2018, se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión, reliquidando la prestación y ordenando su inclusión en nómina, a partir del 1 de febrero de 2018. La liquidación se basó en 1788 semanas cotizadas sobre un ingreso base de liquidación de \$2.433.672 y una tasa de reemplazo del 77.44%.

1.2.17. A través de la Resolución No. SUB 66323 del 9 de marzo de 2018, se reliquidó la pensión de la demandante, a partir del 1 de febrero de 2018, mesada que correspondió a la suma de \$1.901.464,00 m/cte.

1.2.18. La entidad demandada no le reconoció la prestación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, pese a que, por más de 20 años, prestó sus servicios a los sectores público y privado.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada de la parte actora estima desconocidos los artículos 2, 5, 11, 13, 16, 23, 29 y 53 de la Constitución Política; 7 de la Ley 71 de 1988 y 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Afirmó que, a través de los actos administrativos demandados, la entidad demandada le negó a la actora el reconocimiento de la pensión al señalar que una vez estudiados los periodos que cotizó, se estableció que: i) al 1 de abril de 1994, no contaba con 15 años de aportes al sistema general de pensiones, como lo exige el artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, ii) que la única normatividad que permite la acumulación de tiempos públicos y privados es la prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; sin embargo, la demandante no cumplía con el requisito de la edad y iii) no acreditaba los requisitos contenidos en la sentencia C-789 de 2002.

Indicó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, previó el régimen de transición para aquellas personas que al momento de su entrada en vigencia estaban próximas a pensionarse, determinando que les asistía el derecho a los hombres que tuvieran 40 años, las mujeres 35 años o que dependiendo de su edad hubiesen prestado 15 años de servicio, razón por la cual basta con que se cumpla uno de estos requisitos para que el afiliado sea beneficiario de la prestación y, en consecuencia, se trata de un derecho adquirido.

Afirmó que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contemplaron las causales que excluyen la aplicación de dicha transición, esto es, cuando las personas que eran beneficiarias se acogieron al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetaran a este.

Luego de realizar un marco normativo y jurisprudencial en torno a la aplicación del régimen de transición, precisó que Colpensiones interpreta de una forma restrictiva los incisos 4° y 5° del señalado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, frente a aquellas personas que se encontraban afiliados al régimen de prima media con prestación

definidaa, se trasladaron al de ahorro individual con solidaridad y luego retornaron al primero.

Refirió que dicha postura restringe la posibilidad de que muchos ciudadanos puedan acceder a la prestación amparados en el régimen de transición, pues si bien venían laborando y efectuando cotización al ISS, pero por razones mediáticas personales o descredito de dicha instituto, optaron por trasladarse al régimen especial, lo cierto es que el traslado fue perjudicial para sus intereses, debido a las disquisiciones erróneas que se efectuaron sobre la norma, sin que sea obligatorio para los jueces, en estos casos, someterse al precedente jurisprudencial.

Indicó que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que se ocupó de citar, definió que los afiliados pueden trasladarse en cualquier momento del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, siempre que, al 1 de abril de 1994, tuviesen 15 años de servicios cotizados, independientemente de la edad.

Aludió que en lo que interesa al tema de debate, dicha Corporación Judicial señaló que el régimen de transición constituía un derecho adquirido para quienes cumplieran cualquiera de los requisitos contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, no existe justificación para que a los afiliados que reúnan tales condiciones se les niegue la posibilidad de trasladarse de régimen sin perder el beneficio, en la medida que deben hacerlo con todos los aportes y rendimientos, como lo preceptúa el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Sostuvo que tal como se acredita con la certificación expedida por Talento Humano de la Contraloría de Cundinamarca, la demandante prestó sus servicios por más de 20 años y dicha entidad realizó los aportes pensionales de la demandante, por los periodos que estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, así:

- a. Porvenir: 1 de marzo de 2001 hasta el 31 de octubre de 2009.

- b. Colfondos: 1 de marzo de 2001 y 1 de noviembre de 2009 al 31 de octubre de 2014.
- c. Colpensiones: 1 de noviembre en adelante.

Manifestó que de las documentales aportadas al plenario se logra evidenciar que la demandante, en su calidad de empleada pública y cuando laboró en el sector privado, realizó las cotizaciones a dichas administradoras de pensiones y al ISS, razón por la cual, al reunir los requisitos contenidos en el régimen de transición le resulta aplicable la ley 71 de 1988 y, por ende, le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación por aportes.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del 26 de junio de 2019, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento pensional en los términos solicitados, en la medida que le fue reconocida la prestación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de enero de 2015, toda vez que no conservó el régimen de transición, ya que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, únicamente contaba con 10 años y 11 meses de servicios cotizados, incumpléndose los requisitos jurisprudenciales de traslado de régimen, contenidos en las sentencias que enunció.

Igualmente, refirió que en el caso de la demandante no hay lugar a reliquidar la prestación con los factores que cotizó durante el último año de servicios, en virtud de las pautas señaladas por la H. Corte Constitucional en las sentencias que citó y que hacen relación a que el IBL no fue objeto de transición.

De otra parte, propuso las excepciones de:

- i) **Cobro de lo no debido:** Señaló que debido al traslado que realizó la actora y que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 15 años de servicio, pese a que retornó al régimen de ahorro individual con solidaridad no conservó el régimen de transición y, por ende, no le resulta aplicable la Ley 71 de 1988.

- ii) **Inexistencia del derecho reclamado:** Afirmó que no ha nacido obligación contra Colpensiones, toda vez que la entidad reconoció la pensión de vejez de la demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, dado que no conservó el régimen de transición, en la medida que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, solamente contaba con 10 años y 11 meses de servicios cotizados.

- iii) **Prescripción:** Solicitó que se declare dicho fenómeno sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a su favor, sin que con ello se reconozca derecho alguno a la demandante.

- iv) **Buena fe:** Sostuvo que Colpensiones en todas sus actuaciones tiene que someterse al imperio de la Constitución Nacional y de la Ley, conforme lo prescriben, entre otros, los artículos 121, 122 y 128 de la Constitución Política.

- v) **Genérica o innominada:** Solicitó que se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de la entidad demandada y, en ese sentido, se declaren las demás excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte demandante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 23 de marzo de 2021, reiteró los hechos y pretensiones del libelo demandatorio y solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que se encuentra acreditado que la

demandante tiene derecho a pensionarse con el régimen establecido en la Ley 71 de 1988.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el 24 de marzo de 2021, solicitó que no se acceda a las pretensiones de la demanda, toda vez que lo deprecado en la presente controversia se circunscribe a la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, tal y como lo dispone el artículo 7° de la Ley 71 de 1988.

Aludió que, mediante la Resolución No. SUB 232423 del 20 de octubre de 2017, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a demandante, con fundamento en 1780 semanas cotizadas, con un IBL de \$2.312.827 al que se le aplicó una tasa de remplazo del 77.43%, prestación que se dejó en suspenso hasta tanto el asegurado acreditara el retiro definitivo del servicio oficial.

Sostuvo que, a través de la Resolución No. SUB 264137 del 22 de noviembre de 2017, la entidad demandada le resolvió un recurso de reposición y, en consecuencia, modificó la Resolución No. SUB 232423 del 20 de octubre de 2017, en el sentido de reliquidar la pensión en cuantía de \$1.800.353,00 m/cte., con fundamento en 1784 semanas cotizadas, sobre un ingreso base de liquidación de \$2.325.436,00 m/cte. y una tasa de reemplazo del 77.42%.

Manifestó que, por medio de la Resolución No. DIR 1643 del 24 de enero de 2018, se resolvió el recurso de apelación y se modificó la Resolución SUB 264137 del 22 de noviembre de 2017, reliquidando la prestación y ordenando la inclusión en nómina, en cuantía de \$1.884.636,00 m/cte., efectiva a partir del 1 de febrero de 2018, basándose en 1788 semanas cotizadas, sobre un ingreso base de liquidación de \$2.433.672,00 m/cte. y una tasa de reemplazo del 77.44%.

Adujo que, mediante la Resolución No. SUB 66323 del 9 de marzo de 2018, Colpensiones negó la solicitud de reliquidación de la pensión deprecada por la actora, por las siguientes razones:

- La demandante acredita un total de 12,582 días laborados, correspondientes a 1,797 semanas y actualmente cuenta con 62 años de edad.
- Validada la página de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se evidenció que la demandante se trasladó del régimen de ahorro individual al de prima media, razón por la cual se consultó la página de Sistema de Información de los afiliados a los fondos de Pensión (SIAFP) y se evidenció que presentó dicha solicitud a Colpensiones el 5 de noviembre de 2014.
- La circular 08 de Colpensiones frente a la conservación del régimen de transición en caso de traslado al RAIS y la exigencia del cálculo de rentabilidad, determinó que de acuerdo al precedente judicial, los Decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008 y la Circular 06 de 2011, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el cálculo de rentabilidad se exige con base en las siguientes regla *“Los afiliados que se trasladaron acogiéndose a las Sentencias SU – 062 de 2010, SU – 130 y SU – 856 de 2013 (a partir de 03 de febrero de 2010 a la fecha), SI requieren del cálculo de rentabilidad, para recuperar el régimen de transición, debido a que esta norma no solo exigía cumplir con el requisito de 15 años de servicios o semanas cotizadas sino el pago efectivo del cálculo de rentabilidad (Circular 06 de 2011 de Superintendencia Financiera de Colombia).”*

En ese sentido, concluyó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, únicamente contaba con 10 años y 11 meses de tiempos de servicios cotizados, lo que conllevó a la entidad a reconocerle la

pensión en los términos contenidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

4.3. Agente del Ministerio Público.

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a las excepciones de **cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado y buena fe**, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual deben tenerse como alegaciones de la defensa y, por tanto, es preciso proferir fallo que resuelva la controversia.

Respecto a la excepción de **prescripción**, se precisa que solo será resuelta en el evento de prosperar las súplicas de la demanda.

Finalmente, frente a la excepción **genérica**, advierte el Despacho que no se encuentran excepciones que deban ser declaradas en oficio en ese momento procesal.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Nubia Esperanza Quiroga Larrota.

5.2.2. Documentales de la acción de tutela promovida por la demandante contra la autoridad accionada, la cual le correspondió por reparto al Juzgado 29 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá.

5.2.3. Sentencia proferida el 4 de abril de 2014, por medio del cual el referido Despacho Judicial, tuteló los derechos a la seguridad social, a la igualdad y a la libre escogencia del régimen pensional invocados por la aquí demandante y, en consecuencia, le ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S. A., que efectuara los trámites que condujeran a hacer efectivo su traslado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, entidad que, a su vez, debía aceptar el mismo.

5.2.4. Reporte de Semanas cotizadas en pensiones por la demandante, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones.

5.2.5. Resolución No. GNR 278411 del 10 de septiembre de 2015, por medio de la cual Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante, toda vez que verificada su historia laboral se constató que la afiliada se trasladó del fondo de pensiones privado a Colpensiones, en la fecha señalada anteriormente y, en ese sentido, se debía dar aplicación a la Circular Interna 08 de 2014 y a los precedentes de la H. Corte Constitucional, esto es, las sentencias SU – 062 de 2010, SU - 130 y SU - 856 de 2013 y teniendo en cuenta que para el 1° de abril de 1994, la señora Nubia Esperanza Quiroga Larrota no contaba con 15 años de servicio, pues para dicha fecha tenía aproximadamente 531 semanas, le negó el reconocimiento de la prestación.

5.2.6. Recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por la demandante el 23 de septiembre de 2015, contra la resolución señalada anteriormente, con el objeto de que se le reconozca la prestación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, al considerar que es beneficiaria del régimen de transición.

5.2.7. Resolución No. GNR 32873 del 30 de enero de 2016, a través del cual Colpensiones resolvió desfavorablemente el recurso de reposición promovido por la actora, contra el acto administrativo señalado anteriormente.

5.2.8. Certificación expedida el 25 de febrero de 2016, por la Gerente Operativa de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, en la que consta los siguientes registros:

“(...)

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Traslado regimen	2000-01-20	PORVENIR	COLPENSIONES	2000-03-01*	2009-10-31
Traslado fondo	2009-09-28	COLFONDOS	PORVENIR	2009-11-01	2014-10-31
Traslado regimen	2014-09-16	COLPENSIONES	COLFONDOS	2014-11-01	

(...)”

5.2.9. Resolución No. VPB 30371 del 26 de julio de 2016, por medio de la cual la entidad demandada resolvió el recurso de apelación contra la Resolución No. GNR 278411 del 10 de septiembre de 2015, confirmándola en su integridad.

5.2.10. Certificación expedida el 14 de marzo de 2016, por Asofondos de Colombia, en la cual consta que se entregó a Colpensiones la información de historia laboral de la demandante.

5.2.11. Resolución No. SUB 232423 del 20 de octubre de 2017, mediante la cual Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

5.2.12. Resolución No. SUB 264137 del 22 de noviembre de 2017, a través de la cual Colpensiones resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la decisión señalada anteriormente, reiterando que no es beneficiaria de dicho régimen; sin embargo, debido a que al momento de realizar la liquidación de la prestación se evidenció que *“... el valor arrojado es mayor al que anteriormente se le había indicado a la solicitante, por que se procede a reliquidar la pensión de vejez”*, modificó la Resolución No. SUB 232423 del 20 de octubre de

2017.

5.2.13. Resolución No. 0612 del 22 de noviembre de 2017, por la cual la Contraloría de Cundinamarca aceptó la renuncia de la señora Nubia Esperanza Quiroga Larrota, a partir del 1 de febrero de 2018.

5.2.14. Resolución No. DIR 1643 del 24 de enero de 2018, por medio de la cual la entidad demandada resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. SUB 232423 del 20 de octubre de 2017, modificando la prestación e ingresándola en nómina.

5.2.15. Resolución No. 0115 del 23 de febrero de 2018, a través de la cual la Contraloría de Cundinamarca reconoció y ordenó el pago por liquidación de prestaciones sociales y acreencias laborales a la demandante.

5.2.16. Resolución No. SUB 66323 del 9 de marzo de 2018, mediante la cual Colpensiones resolvió la solicitud elevada por la demandante, relativa a la reliquidación de su pensión de vejez, acto administrativo en el que se reiteró que no es beneficiaria del régimen de transición, dado que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, únicamente contaba con 10 años y 11 meses de tiempo de servicios cotizados; no obstante, se reliquidó la prestación, determinando que la mesada ascendía a la suma de \$1.901.464,00 m/cte., a partir del 1 de febrero de 2018.

5.2.17. Certificaciones expedidas por la Contraloría de Cundinamarca, a través de las cuales se deja constancia que la demandante laboró en la entidad desde el 23 de abril de 1993 hasta el 30 de enero de 2018 y los emolumentos que devengó en dicho periodo.

5.2.18. Desprendibles de nómina de la actora, expedidos por la Contraloría de Cundinamarca.

5.2.19. Formatos de Certificación de Información Laboral y de Salarios de la demandante, expedidos por la Contraloría de Cundinamarca.

5.2.20. Expediente administrativo de la demandante, contentivo de las

semanas cotizadas, de los actos administrativos demandados, certificados de pensión y laborales expedidas por la Contraloría de Cundinamarca y de los escritos de la acción de tutela que promovió la demandante.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia del 11 de febrero de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión por aportes, en virtud de lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y de conformidad con el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

5.4. NORMATIVIDAD APLICABLE FRENTE AL CASO CONCRETO

La Ley **100 de 1993** en su artículo 36 consagró en materia pensional un régimen de transición en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Negrilla fuera de texto).

A su vez, el párrafo transitorio No. 4 del Acto Legislativo No. 01 de 2005 “*por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política*”, contempló:

"Parágrafo transitorio 4º. 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, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

Ahora bien, el Decreto 3800 de 2003 "Por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2o de la Ley 797 de 2003", en lo atinente al traslado entre los regímenes pensionales, preceptuó:

"ARTÍCULO 1º. TRASLADO DE RÉGIMEN DE PERSONAS QUE LES FALTEN MENOS DE DIEZ AÑOS PARA CUMPLIR LA EDAD PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ. De conformidad con lo señalado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, las personas a las que a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha".

En cuanto al régimen de transición, el artículo 3º de dicha disposición legal, refirió:

"ARTÍCULO 3º. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. <Apartes tachados NULOS>. **En el evento en que una persona que a 1º de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:**

α) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad..." (negrita y subrayado del Despacho).

De la normatividad en cita, se concluye que, si bien el afiliado que se hubiese trasladado de régimen, puede retornar del de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida y, en consecuencia, debe transferir la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podría ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente, si hubiere permanecido en el régimen

de prima media y, en caso contrario, aportar el dinero que le haga falta para cumplir dicha exigencia, lo cierto es que **para mantener el régimen de transición debió cotizar 15 o más años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no basta con que cumpla con el requisito de la edad**, al que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, mediante sentencia del 20 de noviembre de 2020¹, en un caso de similares características al que ahora ocupa la atención del Despacho, señaló:

“Ahora bien, en fallos C-789 de 2002, C-754 de 2004 y C-1024 de 2004, la Corte Constitucional precisó que aquellas personas que se trasladaron del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, podrán retornar al que inicialmente estaban afiliados y, por ende, hacer efectivo su derecho a pensionarse bajo la normativa pensional anterior, por ser beneficiarios del régimen de transición, en la medida en que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 hubiesen tenido 15 años de servicios cotizados, en razón a que solo a las personas en esta condición se les violarían sus derechos al trabajo y a la seguridad social si se les excluyera del régimen de transición, puesto que ya han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo para acceder a una pensión a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social en pensiones.

Por su parte, en sentencias T-818 de 2007³ y T-1014 de 2008⁴, hubo un cambio radical en la regla jurisprudencial esbozada en las anteriores, toda vez que en atención a una interpretación favorable al trabajador, concluyó la Corte Constitucional que siempre que la persona cumpla alguno de los requisitos del régimen de transición, se hará beneficiario de este y tendrá derecho a pensionarse con la norma anterior a la Ley 100, independientemente de que se hubiese cambiado al régimen de ahorro individual, por lo que podrá retornar al de prima media con prestación definida. Derrotero que también reiteró el Consejo de Estado en auto de 5 de marzo de 2009⁵, al estimar que no se pueden exigir más requisitos para el regreso del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida (y, por consiguiente, para hacer efectivo su derecho a la aplicación del régimen de transición), que el de trasladar lo que se tenía en el fondo privado.

¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, Consejero ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, expediente No. 70001-23-33-000-2014-00286-01(2702-16), medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Alberto Enrique López Fajardo, demandada: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), Tema: reconocimiento de pensión de jubilación de conformidad con la Ley 71 de 1988; traslado de régimen pensional; pérdida de beneficios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

² M. P. Rodrigo Escobar Gil.

³ M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁴ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, auto de 5 de marzo de 2009, expediente 11001-03-25-000-2008-00070-00 (1975-08).

En el año 2010, la Corte Constitucional con el propósito de unificar su jurisprudencia, en sentencia SU-62⁶, acogió el criterio fijado en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en el sentido de que para realizar el retorno al régimen de prima media, y, por tanto, conservar el beneficio del régimen de transición, resulta necesario tener 15 años cotizados a la entrada en vigor de la Ley 100, además de que se traslade todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin que este sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiere permanecido en el primer régimen, pero, en el evento contrario, el afiliado podrá pagar el respectivo dinero a lo que le faltare en un plazo razonable⁷.

Por otro lado, el Consejo de Estado, en sentencia de 25 de noviembre de 2010⁸, sostuvo que en la medida en que una persona colmara uno de los requisitos para la aplicación del régimen de transición, tiene derecho a pensionarse con las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100, pese a haberse trasladado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y retornar a aquel, por cuanto se está en presencia de expectativas legítimas. **Mientras que, en fallo de 6 de abril de 2011⁹, se siguió el criterio trazado por la Corte Constitucional en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, bajo el entendido de que, para trasladarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, sin perder el beneficio del régimen de transición, se debe tener a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100, 15 años de servicios cotizados.**

En este orden de ideas, resulta evidente que **la regla jurisprudencial vigente** acerca del tema es la fijada por las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-62 de 2010, esto es, que **pese a que la persona haya retornado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida (para cuyo efecto debió haber trasladado la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podría ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente si hubiere permanecido en el régimen de prima media, y en caso contrario, aportar el dinero que haga falta para cumplir dicha exigencia), no perderá los beneficios del régimen de transición solo si al 1° de abril de 1994 (o 30 de junio de 1995, según el caso) hubiese tenido 15 o más años de servicios cotizados, por lo que no basta colmar el requisito de edad.**

Lo anterior por cuanto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que se amparan son meras expectativas, mas no derechos adquiridos, por lo que el legislador legítimamente puede limitar la edad y tiempo de servicios para acceder a una pensión y por lo mismo establecer las reglas pertinentes, incluso para la exclusión del régimen de transición, por lo que de manera clara dicha Ley excluye de los beneficios del régimen de transición a aquellas personas que pese a tener la edad para que les sea aplicable el mismo, se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad y a

⁶ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ Derrotero reiterado en fallo SU-130 de 2013.

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, expediente 25000232500020070075401 (0489-09), consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Criterio reiterado en providencia de 11 de agosto de 2016, expediente 25000-23-25-000-2010-00937-01 (4417-2014), C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07), consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve.

aquellos que habiendo escojido este último régimen decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Empero, esta exclusión del régimen de transición no puede ser aplicable a las personas que a la entrada en vigor del sistema de seguridad social, hubiesen cumplido 15 años o más de tiempo de servicios cotizados, quienes además podrán retornar en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, para exigir su derecho a pensionarse bajo el amparo de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, puesto que resultaría desproporcionada la medida de la pérdida del régimen de transición si se aplica a quienes han cumplido el 75% o más del tiempo de servicios para acceder a la pensión.

De igual modo, en la sentencia SU-130 de 2013¹⁰ se incluyó, en su parte decisoria, el criterio jurisprudencial vigente de la Corte Constitucional, con la advertencia de que «[...] de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición».

Asimismo, en fallo T-892 de 2013¹¹, en el que se examinaron varios casos acerca de reconocimientos pensionales de personas que retornaron al régimen de prima media con prestación definida y algunas pese a tener la edad para ser beneficiarias del régimen de transición, les fue negado el derecho a pensionarse bajo la norma anterior a la Ley 100, la Corte Constitucional reiteró la exigencia de que solo conservan los beneficios de la transición aquellas personas que al 1° de abril de 1994 (o 30 de junio de 1995) hubiesen tenido 15 años o más de servicios cotizados; adicionalmente, exhortó «[...] por conducto de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a todos los jueces de la República para que en lo sucesivo, den estricto cumplimiento a los lineamientos fijados por esta corporación, en materia del régimen de transición, que se encuentran contenidos en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU 062 de 2010, SU 130 de 2013 [...]» (Negrita y resaltado fuera del texto original).

5.5. CASO CONCRETO

De las pruebas documentales recaudadas en el proceso se encuentra demostrado que el 20 de enero de 2000, la señora Nubia Esperanza Quiroga Larrota se trasladó de la Administradora Colombiana de Pensiones al fondo Porvenir S. A. y, posteriormente, el 28 de septiembre de 2009, nuevamente se trasladó, esta vez, al Fondo de Pensiones Colfondos S. A.

¹⁰ M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹ M. P. Jorge Iván Palacio.

Igualmente, se encuentra acreditado que mediante la sentencia proferida el 4 de abril de 2014, por el Juzgado 29 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, se tutelaron los derechos a la seguridad social, a la igualdad y a la libre escogencia del régimen pensional invocados por la aquí demandante y, en consecuencia, le ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S. A., que efectuara los trámites que condujeran a hacer efectivo su traslado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, entidad que, a su vez, debería aceptar dicho traslado.

Así mismo, de la Certificación expedida el 25 de febrero de 2016, por la Gerente Operativa de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, se observa que las autoridades que fueron accionadas, impartieron cumplimiento a la sentencia proferida por el referido Despacho Judicial, así:

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Traslado regimen	2000-01-20	PORVENIR	COLPENSIONES	2000-03-01	2009-10-31
Traslado fondo	2009-09-28	COLFONDOS	PORVENIR	2009-11-01	2014-10-31
Traslado regimen	2014-09-16	COLPENSIONES	COLFONDOS	2014-11-01	

En ese sentido, se evidencia que, desde el 16 de septiembre de 2014, la demandante retornó al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

Ahora bien, mediante la Resolución No. GNR 278411 del 10 de septiembre de 2015, la Administradora Colombiana de Pensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por la demandante, al sostener:

“(...) Que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece el Régimen de Transición para las personas que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley en mención acrediten 35 o más años de edad en el caso de las mujeres y 40 o más años de edad en el caso de los hombres, o más de 15 años de servicio, permitiendo aplicar la edad para pensionarse el número de semanas o tiempo cotizado y el monto pensional del régimen anterior al que venían afiliados.

Que conforme lo anterior, se solicitó a la Gerencia Nacional de Servicio al Ciudadano mediante Radicado No. 2015_8338521, se

confirmará la efectividad del traslado que tuvo la peticionaria del fondo de pensiones privado al Instituto de Seguros Sociales - ISS, hoy en día Colpensiones, a lo cual nos informaron lo siguiente:

"la fecha de solicitud del traslado de Colfondos a Colpensiones es 16 de septiembre de 2014 (...)"

Al respecto COLPENSIONES a través de la circular interna 08 de 2014 indicó:

*"Los afiliados que se trasladaron acogiéndose a las Sentencias SU - 062 de 2010, SU - 130 y SU - 856 de 2013 (a partir de 03 de febrero de 2010 a la fecha), **SI requieren del cálculo de rentabilidad**, para recuperar el régimen de transición, **debido a que esta norma no solo exigía cumplir con el requisito de 15 años de servicios o semanas cotizadas sino el pago efectivo del cálculo de rentabilidad** (Circular 06 de 2011 de Superintendencia Financiera de Colombia)." (subrayado y en negrilla fuera de texto)*

Que verificada la Historia Laboral de la peticionaria se evidencia que para el 1 de abril de 1994 NO contaba con los respectivos 15 años de servicio, pues para dicha fecha cuenta con aproximadamente 531 semanas".

Inconforme con dicha decisión, la demandante promovió los recursos de reposición y apelación, al considerar que era beneficiaria del régimen de transición y, por lo tanto, le asistía el derecho al reconcomiendo de la prestación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988.

En virtud de lo anterior, Colpensiones expidió las Resoluciones Nos. GNR 32873 del 30 de enero de 2016 y VPB 30371 del 26 de julio de 2016, a través de las cuales resolvió desfavorablemente los recursos de reposición y apelación promovidos por la actora, contra el acto administrativo señalado anteriormente.

Posteriormente, a través de la Resolución No. SUB 232423 del 20 de octubre de 2017, la administradora de pensiones le reconoció la pensión de vejez a la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al sostener:

"(...)"

Que es pertinente dejar expresa constancia. que la Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 01 de abril de 1994 (nivel nacional). 30 de junio de 1995 (departamentos y municipios) y 01 de enero de

1996 (distrito). Sin embargo, cuenta como única salvedad la fecha que haya decretado el gobernador o alcalde para la vigencia del Sistema General de Pensiones en el respectivo nivel territorial.

Que consultado el aplicativo de SIAFP de ASOFONDOS se evidencia una novedad de traslado hacia el RAIS con regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 16 de septiembre de 2014.

(...)

Que verificado el reporte de semanas se pudo establecer que la señora QUIROGA LARROTA NUBIA ESPERANZA, no cumple con la exigencia de los quince (15) años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (entidades del sector departamental), por lo cual NO conserva el Régimen de Transición. En consecuencia el único régimen aplicable es lo previsto en la Ley 797 de 2003”

A su vez, mediante la Resolución No. SUB 264137 del 22 de noviembre de 2017, Colpensiones resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la decisión señalada anteriormente, orientado a que “... Se tenga en cuenta que soy beneficiaria del Régimen de Transición, por recuperación de dicho beneficio al amparo de la Sentencia del Fallo de tutela No. 2014-00177 del 4 de abril de 2014 proferido por el Juzgado 29 Administrativo Oral de Bogotá D. C., por lo que la liquidación de mi mesada pensional debe hacerse de acuerdo a lo estipulado en la Ley 71 de 1988, artículos 7º y 90, tornando (sic) lo cotizado durante el último año de servicios en la entidad pública”, **reiterando que no es beneficiaria de dicho régimen**; sin embargo, debido a que al momento de realizar la liquidación de la prestación se evidenció que “... el valor arrojado es mayor al que anteriormente se le había indicado a la solicitante, por que se procede a reliquidar la pensión de vejez”, procedió a modificar la Resolución No. SUB 232423 del 20 de octubre de 2017.

A su turno, por la Resolución No. DIR 1643 del 24 de enero de 2018, la entidad demandada resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. SUB 232423 del 20 de octubre de 2017, modificando la prestación e ingresándola en nómina.

Posteriormente, a través de la Resolución No. SUB 66323 del 9 de marzo de 2018, Colpensiones resolvió la solicitud elevada por la demandante, relativa a la reliquidación de su pensión de vejez, acto administrativo en

el que se reiteró que no es beneficiaria del régimen de transición, dado que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 15 años de servicio; no obstante, se reliquidó la prestación, determinando que la mesada ascendía a la suma de \$1.901.464,00 m/cte., a partir del 1 de febrero de 2018.

Ahora bien, de las certificaciones expedidas por la Contraloría de Cundinamarca, se evidencia que la demandante prestó sus servicios en dicha entidad desde el 23 de abril de 1993 hasta el 30 de enero de 2018 y de los Formatos de salarios, se desprende que pertenecía al sector público departamental o distrital.

Así las cosas, se debe tener en cuenta lo señalado en el párrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, a cuyo tenor literal indicó: *“El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el **30 de junio de 1.995**”* (resaltado fuera del texto original).

En ese sentido, del reporte de semanas cotizadas en pensiones por la demandante, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones, se colige que con antelación a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, prestó sus servicios de la siguiente forma:

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[6]Semanas
1006118056	J GLOTMAN S A	03/07/1978	17/08/1978	6,57
1008212350	AYALA MU&OZ GERMAN	16/01/1982	01/05/1990	432,57
1006200316	CAJA COL DE SUBSIDIO	01/03/1990	10/04/1990	5,86
1008219107	UNIDAD RADIOLOGICA L	15/05/1990	13/12/1990	30,43
1008214514	MICROMATIZACION LTDA	28/01/1991	15/01/1992	50,43
1008228128	SISTEMPORA LTDA.	26/06/1992	01/08/1992	5,29
899999117	DIVISION PAGADURIA C	01/06/1995	30/06/1995	3,14

Igualmente, en la Resolución No. SUB 66323 del 9 de marzo de 2018, la Administradora Colombiana de Pensiones señaló que la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, únicamente contaba con **10 años y 11 meses** de servicios cotizados.

Expuesto lo anterior, se advierte que para la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de

1993, la señora Nubia Esperanza Quiroga Larrota tenía 36 años de edad, tal como se observa de su cédula de ciudadanía, dado que nació el 6 de febrero de 1959, por lo que cumple uno de los requisitos contenidos en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, para el momento en que entró a regir dicha disposición legal no **acumuló 15 años de servicios**, razón por la cual, si bien retornó al régimen de prima media con prestación definida, lo cierto es que no conservó los beneficios del aludido régimen de transición, razón por la cual no le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, de que trata la Ley 71 de 1988.

En este orden de ideas, no le asiste razón a la apoderada de demandante, al afirmar que una vez su representada retornó al régimen de prima media con prestación definida mantuvo el régimen de transición, toda vez que, tal como se señaló en la normatividad y jurisprudencia citada líneas atrás, mantienen los beneficios, aquellas personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acumularon **15 años o más de servicios cotizados**, condición que no cumple la señora Nubia Esperanza Quiroga Larrota.

En consecuencia, las razones expuestas son suficientes, sobre la apreciación en conjunto de los medios probatorios allegados al proceso, para formarse el convencimiento de que las pretensiones de la demanda deben negarse, toda vez que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos acusados.

5.6. COSTAS.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte actora.

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

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 10, de hoy 30 de abril de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado

Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00194-00*

Código de verificación:

**694f4bbaf08da9963cb06a038d2aab624984acbefdaa1e0e9dd67fbc3ed3
cf59**

Documento generado en 28/04/2021 03:43:49 PM

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



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

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-00**2019-00329-00**
Demandante: BENJAMÍN MORENO DÍAZ
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA
NACIONAL - CASUR
Asunto: SENTENCIA

El señor **BENJAMÍN MORENO DÍAZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.653.420, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, correspondiendo dictar sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

-Que se declare la nulidad del oficio No. 25493 GAG/SDP del 08 de octubre de 2014, por medio del cual la entidad demandada negó el reajuste de las primas de navidad, servicios, vacacional y subsidio de alimentación al actor.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a:

i) Reconocer el reajuste y/o actualización de las primas de navidad, servicio, vacacional y subsidio de alimentación que hacen parte integral de

la asignación de retiro conforme al principio de oscilación previsto en la Ley Marco 923 y en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

ii) Pagar la totalidad de los reajustes y/o actualizaciones de las primas de navidad, servicio, vacacional y subsidio de alimentación que el demandante dejó de percibir por causa del acto acusado hasta la fecha de su reconocimiento y de ahí en forma periódica.

iii) Ordenar el reajuste al pago de las primas de navidad, servicio, vacacional y subsidio de alimentación, que hacen parte de la asignación de retiro y prestaciones que resulten a favor de la parte actora de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A. hasta la fecha de ejecutoria de la providencia que decrete la nulidad y el restablecimiento del derecho.

iv) Dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

v) Pagar a la parte demandante las costas ocasionadas en virtud de la acción promovida en la cuantía que se determine.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que el 27 de junio de 1995 se expidió el Decreto 1091, mediante el cual se fijó el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo, figurando en el artículo 56 el principio de oscilación.

1.2.2. Que el 31 de enero de 2004 se promulgó la Ley Marco, en cuyo artículo 3.13 se encuentran las condiciones para aplicar el principio de oscilación a las partidas que hacen parte de la pensión o asignación de retiro; lo cual refirma el artículo 42 del Decreto 4433 de 2014.

1.2.3. Que el actor ingresó a la Policía en 1989 en calidad de agente alumno.

1.2.4. Que en 1994 se homologó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

1.2.5. Que en el 2013 el actor pasó a retiro por solicitud propia.

1.2.6. Que mediante Resolución No. 4000 del 20 de mayo de 2013 la entidad demandada reconoció al actor la asignación de retiro tomando como base las partidas al momento del mismo que la Policía Nacional iba actualizando cada año en la Hoja de Servicios.

1.2.7. Que, al comparar la liquidación de la asignación de retiro inicial con el último desprendible de pago, en lo que respecta a las primas de navidad, servicios, vacacional y subsidio de alimentación, se observa que nunca le han sido aumentadas al demandante.

1.2.8. Que, mediante derecho de petición el actor solicitó que sus primas de navidad, servicios, vacacional y subsidio de alimentación le fueran aumentadas conforme al principio de oscilación y, en consecuencia, dejen de permanecer congeladas.

1.2.9. Que la entidad demandada contestó negando lo peticionado.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 48, 53, 150, 218 de la Constitución Política; los artículos 1° y 2° de la Ley 4ª de 1992; los artículos 4°, 5°, 11 a 13, 49, 56 y 60 del Decreto 1091 de 1995; el numeral 3.13 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004; el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004; así como los decretos 1028 de 2015, 214 de 2016, 984 de 2017, 324 de 2018 y 1002 de 2019, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostiene que el acto administrativo demandado fue expedido con desconocimiento de las normas superiores en que debería basarse, manifestando que es violatorio de la Constitución, de los derechos fundamentales a la seguridad social, a los derechos mínimos reconocidos en

normas laborales y, en especial a la precisa regulación marco prevista en la Ley 923 de 2004.

Afirma que de conformidad con los artículos 48 y 53 superiores se prohíbe taxativamente que las pensiones –asignaciones de retiro– sean congeladas y que se renuncie a cualquier derecho ligado a dicho principio laboral; razón por la cual, la Ley 4ª de 1992 manifiesta que toda posible modificación debe ser regulada a través de leyes marco.

Señala que el Decreto 1091 de 1995 regula las partidas (primas) que devengan los miembros en servicio activo y, de allí, determina cuáles y cómo se deben liquidar las partidas con las cuales se cancela la asignación de retiro. De manera que: (i) el artículo 12 de dicho cuerpo normativo se refiere a que el subsidio de alimentación será en la cuantía que en todo tiempo determine el Gobierno Nacional; (ii) el artículo 13 trata sobre las bases de liquidación y cómo se obtienen las primas de servicios vacaciones y navidad; y (iii) el artículo 49 se refiere a cuáles son las bases de liquidación de la asignación de retiro, las cuales parten de tres pilares: (a) la asignación básica mensual determinada por el Gobierno anualmente, (b) la prima de retorno a la experiencia, en un porcentaje de la asignación básica y, (c) el subsidio de alimentación, determinado por el Gobierno anualmente. Pilares de los cuales salen los otros tres factores o primas de servicios, vacaciones y navidad.

Señala que, con los factores antedichos, al finalizar la relación laboral, la Policía Nacional emite una Hoja de Servicios actualizada con la cual, CASUR reconoce la asignación de retiro, sin perjuicio de lo cual, de allí en adelante, le corresponde a esta entidad aplicar la fórmula para actualizar anualmente las primas al mismo nivel que aumentan para los activos.

Aduce que lo anterior se materializa en el principio de oscilación regulado en los artículos 56 del Decreto 1091 de 1995, 3º de la Ley Marco 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 de 2004, coligiendo que las asignaciones del personal en actividad y las de los pensionados deben ser exactamente las mismas, con la única observación de que estos últimos tienen derecho a un porcentaje de acuerdo con el tiempo de servicio prestado y que se conoce como porcentajes de retorno. Esto es, existe una “cláusula de progresividad”

representada en la prohibición de congelar las asignaciones de retiro y/o pensiones.

Ilustra lo anterior con los decretos que en los años 2015 a 2019 han determinado el valor del subsidio de alimentación, como una de las primas que no se aumenta, coligiendo que los incrementos decretados, aunque pequeños, garantizan que el poder adquisitivo se mantenga y con ello se torne en progresivo, sin mantener estáticos ni los salarios ni las pensiones.

Afirma que, en el caso concreto, al demandante, en el año 2013 le fue reconocida la asignación de retiro en un 77%, con base en los siguientes factores: (i) sueldo básico, (ii) prima de retorno a la experiencia, (iii) prima de navidad, (iv) prima de servicios, (v) prima vacacional y (vi) subsidio de alimentación. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido desde el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, estos últimos cuatro factores se mantienen estáticos en el tiempo, lo cual atenta contra el poder adquisitivo de las personas mayores y desvalidas.

Alude a que si bien es cierto que en el Decreto 1091 de 1995 se establece que la prescripción de los derechos aquí reclamados es de cuatro años y se interrumpen con la presentación escrita del reclamo, el Decreto 4433 de 2004 establece que dicha prescripción será de tres años, situación respecto de la cual, se debe tener en cuenta que, por mandato del artículo 53 de la Constitución, se debe aplicar la norma más favorable al trabajador, en especial, cuando la persona ingresó o se encontraba en servicio al momento de entrar en vigencia el Decreto 1091 de 1995.

Manifiesta que, el Decreto 4433 de 2004 no derogó ni tácita ni explícitamente el Decreto 1091 de 1995 pues solamente se limitó a señalar que derogaba las disposiciones “que le sean contrarias” y no aquellas que establecen un mayor grado de protección a los funcionarios. Por lo tanto, señala, el reconocimiento, pago e indexación deberá hacerse sobre los cuatro últimos años reclamados, aunque la pretensión para efectos de competencia se limite a tres años como dispone el C.P.A.C.A.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del 16 de octubre de 2019, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifestó que el régimen de pensiones o asignaciones de retiro de la Fuerza Pública es de naturaleza especial, acorde con los mandatos constitucionales en sus artículos 217 y 218 y que corresponde al Gobierno Nacional regular el régimen prestacional de estos, acorde con la facultad otorgada por el artículo 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Aclaró, frente las partidas computables para la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo, que el Decreto 1091 de 1995 establece cuáles son las partidas aplicables y su forma de liquidación, tanto en actividad como en retiro, evidenciadas en los artículos 49 y 13 de dicho cuerpo normativo. A lo anterior, agregó que el Decreto 4433 de 2004 ratifica las partidas computables y forma de aplicación de las mismas en su artículo 23.

Manifestó que, atendiendo a dicha normativa, la entidad accionada aplicó la norma vigente para el caso del actor una vez adquirió su derecho (Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004), además, conforme lo expresa la prohibición, especialmente del parágrafo 49 del Decreto 1091 de 1995, no era procedente incluir en la asignación de retiro partida adicional.

De otra parte, propuso la excepción de **Inexistencia del derecho**, señalando que la adquisición de los derechos pensionales del actor se produjo bajo la vigencia del Decreto 1091 de 1995 y del Decreto 4433 de 2004 y demás normas concordantes, de manera que ello resultó suficiente al momento de verificar los requisitos para el reconocimiento de las asignaciones de retiro. Por lo tanto, las partidas con las que se liquidó la prestación del actor son fijas, las cuales se liquidan en el año en que se causa el retiro, de conformidad con la Hoja de Servicios, aunado a lo cual, los decretos expedidos anualmente que fijan los sueldos básicos para el personal de la Policía Nacional, miembros del Nivel Ejecutivo, señalan únicamente que se incrementa el salario básico de cada policial según el

porcentaje establecido para cada grado, mas no señala que las partidas también deban incrementarse, encontrándose la entidad en la imposibilidad de llevar a cabo el reajuste.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día 15 de marzo de 2021, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio.

4.2 Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el día 23 de marzo de 2021, presentó alegatos de conclusión mediante los cuales reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda; agregando que el Comité de Conciliación de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, al evidenciar que las partidas denominadas subsidio de alimentación y doceavas partes de las primas de navidad, vacaciones y servicios permanecían fijas, implementó la política de conciliación de actualización de estos factores en las asignaciones de retiro de los miembros retirados del nivel ejecutivo conforme lo establece el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 bajo los parámetros de: (i) reconocimiento del 100% del capital; (ii) conciliación del 75% de la indexación; (iii) cancelación, dentro de los seis meses a la radicación de la cuenta de cobro en la entidad, de las sumas dinerarias propuestas como fórmula de conciliación que se allegarían en la audiencia inicial; (iv) no pago de intereses y; (v) aplicación de prescripción trienal.

Sin perjuicio de lo anterior, a pesar de poner de presente la política adoptada por la entidad, la señalada apoderada no allegó propuesta de conciliación ni certificación del comité ni liquidación de valores al respecto del presente caso, sino que, adujo quedar atenta a lo dispuesto por el Despacho, dando por rendidos sus alegatos de conclusión.

4.3. Agente del Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Hoja de servicios del señor Benjamín Moreno Díaz (Fl. 15).

5.2.2. Resolución No. 4000 del 20 de mayo de 2013, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro al demandante a partir del 08 de mayo de 2013 (Fls. 16 y 17).

5.2.3. Liquidación de asignación de retiro del demandante (Fl. 18).

5.2.4. Desprendible de pago de junio de 2019 del actor (Fl. 19).

5.2.5. Petición elevada por el actor a través de apoderado, con radicado No. R-00001-201913724-CASUR Id Control: 413286 del 22 de marzo de 2019, a través de la cual solicitó a la entidad demandada el reajuste o reliquidación de la asignación de retiro en la prima de servicio, prima vacacional, prima de navidad y subsidio de alimentación, de conformidad con el principio de oscilación (Fls. 20 a 24).

5.2.6. Oficio E-00001-201910465-CASUR Id: 429174, mediante el cual el

subdirector de Prestaciones Sociales de la entidad demandada señaló, frente a la petición radicada bajo el ID No. 413286 del 22 de marzo de 2019, que mediante el oficio 25493-GAG-SDP de 2014 atendió de fondo la solicitud de reajuste de asignación mensual de retiro por concepto de aumentos de partidas liquidables (Fl. 25).

5.2.7. Oficio 25493-GAG-SDP del 08 de octubre de 2014, mediante el cual el Director General de la entidad demandada negó el reajuste de las primas de navidad, servicios, vacacional y subsidio de alimentación al demandante, argumentando que la resolución mediante la cual se le reconoció asignación mensual de retiro al demandante se encuentra debidamente ejecutoriada, en firme y se presume legal (Fls. 26 a 26 *vltto*).

5.2.8. Medio magnético contentivo del expediente administrativo del demandante (Fl. 41).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

El problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si con la expedición del acto administrativo identificado como Oficio No. 25493 GAG/SDP del 08 de octubre de 2014, por medio del cual se negó el reajuste de las primas de navidad, servicios, vacacional y subsidio de alimentación al demandante, se incurrió en las causales de nulidad alegadas, que desvirtúen su legalidad.

5.4. NORMATIVA APLICABLE AL CASO BAJO ESTUDIO

5.4.1. Del régimen de la asignación de retiro aplicable a los miembros del Nivel Ejecutivo. Antecedentes normativos y jurisprudenciales.

En vigencia de la Constitución de 1991, a través del artículo 150, numeral 19, se asignó competencia especial al Congreso de la República para fijar las pautas y lineamientos que debería tener en cuenta el Presidente de la República al momento de desarrollar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Por lo anterior, el Gobierno Nacional con fundamento en la Ley 62 del 12 de agosto de 1993 expidió el **Decreto 41 del 10 de enero de 1994**, “[p]or el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”, consagrando el nivel ejecutivo con los grados de comisario, subcomisario, intendente, subintendente, patrullero, carabinero e investigador, según la especialidad.

No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia C-417 del 22 de septiembre de 1994, declaró inexecutable las expresiones "nivel ejecutivo", "personal del nivel ejecutivo" y "miembro del nivel ejecutivo" empleadas en un gran número de artículos del Decreto 41 de 1994, por exceder el límite material fijado en la Ley de facultades extraordinarias (Ley 62 de 1993), en la medida que con ellas se creaba una nueva categoría de cargos en la Institución Policial no autorizada legalmente.

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

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

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

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

- Reservas
- Disposiciones varias
- Normas de transición

(...)

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, el artículo 49 *ibidem*, contempló las siguientes partidas para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal del Nivel Ejecutivo:

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

a) Sueldo básico;

b) Prima de retorno a la experiencia;

c) Subsidio de Alimentación;

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

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

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

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

Por su parte, el artículo 51 de dicha disposición, sobre el porcentaje de la asignación de retiro consagró:

“Artículo 51. Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) **del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto**, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:

a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:

1. Llamamiento a calificar servicio.
2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
3. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad policial.
4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.

b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:

1. Por solicitud propia.
2. Por incapacidad profesional.
3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.
4. Por conducta deficiente.
5. Por destitución.
6. Por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días.
7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995” (Negrillas fuera del texto original).

Cabe advertir, que el H. Consejo de Estado en sentencia del **14 de febrero de 2007**¹, declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, respecto de la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo, al señalar:

“(…)

Adicionalmente, dirá esta Sala que al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al

¹ Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, Expediente radicado número 1240-04

Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - parágrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo”.

Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 797 de 2003 otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otras, para “*expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía*”, facultad en virtud de la cual el Gobierno expidió el Decreto **Ley 2070 del 25 de julio de 2003**, “*por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares*”, incluidos los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en cuyo artículo 25 señaló:

“Artículo 25. *Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales **y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional** que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro...”* (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 45 *ibídem* señaló la vigencia y derogatorias del aludido Decreto, así:

“Artículo 45. *Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, **deroga las demás disposiciones que le sean contrarias** y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213*

de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000". (Negrilla fuera del texto original).

Sin embargo, el Decreto Ley 2070 de 2003, fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional a través de Sentencia C-432 de 2004, argumentando que de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 de la Constitución Política, el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública está reservado a las leyes marco, lo cual impide su expedición a través de un decreto con fuerza de Ley.

Posteriormente, se expidió la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, "*mediante la cual se señalan normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública...*", cuyo artículo 3° reguló lo relacionado con la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluidos los del Nivel Ejecutivo, de la siguiente manera:

“Artículo 3°. Elementos mínimos. *El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*

3.1. *El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.*

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal” (Subraya el Despacho).

En ese sentido, en desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, “[p]or medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, el cual, en torno al tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, en su artículo 25, señaló:

“(...)

Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de 20 años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:

(...)

Parágrafo 2°. *El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con 20 años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un 75% del **monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto**, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas.”.* (Negrillas del Despacho).

Sin embargo, el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, transcrito, que regulaba lo relacionado con la asignación de retiro para los miembros del Nivel Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, fue anulado por el Consejo de Estado a través de sentencia del 12 de abril de 2012².

Por su parte, el artículo 23 del mencionado Decreto, señaló taxativamente las partidas computables en la asignación de retiro, pensión de invalidez y pensión de sobrevivencia del personal de la Fuerza Pública, así:

“ARTÍCULO 23. *Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

(...)

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

² Expediente: 0290-06(1074-0)7 radicación: 110010325000200600016-00, Actor: Juan Carlos Beltrán Bedoya, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales”. (Negrillas originales, subrayas añadidas).

Posteriormente, el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, el cual reguló lo relacionado con la asignación de retiro del personal homologado y los que ingresaron al escalafón por incorporación directa, así:

“ARTICULO 1. Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 01 de Enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas.

ARTICULO 2. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio,

tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas”.

Último de los cuales fue declarado nulo mediante sentencia del 3 de septiembre de 2018 proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación 11001032500020130054300.

5.4.2. Del principio de oscilación

En el numeral 3.13 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, se estableció un mecanismo para mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro y pensiones de los miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, se dispuso:

“(…)

3.13. *El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.”*

En torno a dicho mecanismo, esto es, el principio de oscilación de las asignaciones de retiro y las pensiones, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, indicó:

“ARTÍCULO 42. *Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.*

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrá acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

Ahora bien, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 23 de febrero de 2017, proferida dentro del expediente radicado No. 11010325000-2010-00186-00 (1316-10), con ponencia del doctor William Hernández Gómez, en relación

con el principio de oscilación en las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, refirió:

“El principio de oscilación.

Para abordar este tema sea lo primero precisar que la asignación de retiro, de tiempo atrás, han (sic) tenido una forma de actualización diferente a la que de manera general se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y trabajadores privados, sistema que se ha conocido como el principio de oscilación.

La oscilación plantea una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro y que en tal virtud gozan de una prestación, ya sea asignación de retiro o pensión de invalidez o los beneficiarios que reciben pensión de sobrevivientes.

(...)”.

De la normativa y jurisprudencia transcrita, es claro que las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la fuerza pública, deben ser reajustadas en virtud del principio de oscilación, con el objeto de evitar la pérdida del poder adquisitivo de tales prestaciones, en el mismo porcentaje que se aumente para el personal en servicio activo.

5.5. CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa el señor Benjamín Moreno Díaz pretende que se ordene a la entidad demandada que se reajusten las partidas de las primas de servicios, navidad y vacaciones y el subsidio de alimentación de su asignación de conformidad con el principio de oscilación.

Ahora bien, de la hoja de servicios del demandante obrante a folio 15 del plenario, se advierte que laboró en la Policía Nacional, siendo retirado del servicio por solicitud propia y en el acápite de “**IV SERVICIOS PRESTADOS Y DEDUCCIONES**”, se consignó:

TIEMPO PARA PRESTACIONES SOCIALES			
NOVEDAD	F. INICIO	F. TÉRMINO	TOTAL A M D
AGENTE ALUMNO	27 Jul 1989	31 Ene 1990	0-6-4

AGENTE	01 Feb 1990	31 May 1994	4-4-0
NIVEL EJECUTIVO	01 Jun 1994	08 Feb 2013	18-8-7
SUSPENSIÓN PENAL	09 Sep 2010	08 Feb 2013	2-4-29
ALTA TRES MESES	08 Feb 2013	08 May 2013	00-03-00
DEDUCCIÓN TIEMPO SUSPENSIÓN PENAL			2-4-29
DIFERENCIA AÑO LABORAL DR 1091 DEL 27 DE JUNIO DE 1995			0 3 22
TOTAL	VEINTIÚN AÑOS OCHO MESES TRES DÍAS		21-8-3

TIEMPO DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004			
NOVEDAD	F. INICIO	F. TÉRMINO	TOTAL A M D
AGENTE ALUMNO	27 Jul 1989	31 Ene 1990	0-6-4
AGENTE	01 Feb 1990	31 May 1994	4-4-0
NIVEL EJECUTIVO	01 Jun 1994	08 Feb 2013	18-8-7
SUSPENSIÓN PENAL	09 Sep 2010	08 Feb 2013	2-4-29
ALTA TRES MESES	08 Feb 2013	08 May 2013	00-03-00
TOTAL	VEINTIÚN AÑOS SIETE MESES VEINTIOCHO DÍAS		21-7-28

En ese sentido, se observa que el actor ingresó a la Policía Nacional el 27 de julio de 1989, como agente alumno, ascendiendo al Nivel Ejecutivo desde el 01 de junio de 1994 hasta el 09 de septiembre de 2010, siendo retirado del servicio por solicitud propia, a partir del 08 de febrero de 2013.

Por lo anterior, a través de la Resolución No. 4000 del 20 de mayo de 2013, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció al actor una asignación de retiro equivalente al 77% del sueldo básico devengado en actividad para el grado y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 8 de mayo de 2013, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1095 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012.

Así mismo, se observa de la liquidación obrante a folio 18 del expediente, que el demandante en su asignación de retiro se le reconocieron las siguientes partidas computables:

PARTIDAS LIQUIDABLES			
Descripción	Valor	Total	Adicional
SUELDO BÁSICO	.00	1.860.018	
PRIM. RETORNO EXPERIENCIA	6.00	111.601	
PRIM. NAVIDAD	.00	213.221	
PRIM. SERVICIOS	.00	83.967	
PRIM. VACACIONES	.00	87.466	
SUBSIDIO ALIMENTACIÓN	.00	43.594	
PRIMA NIVEL EJECUTIVO	20.00		372.004
	TOTAL:	2.399.867	
	% ASIGNACIÓN	77%	
	VALOR ASIGNACIÓN:	1.847.897	

Así las cosas, de conformidad con el desprendible de pago de la mesada cancelada al actor en el mes de junio de 2019 (fl. 19), advierte el Despacho que la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones y el subsidio de alimentación reflejan el mismo valor desde el momento que fueron reconocidos en el año 2013, tal y como se observa de la Hoja de Servicios obrante a folio 15 del plenario.

Así las cosas, en aplicación del criterio adoptado por el H. Consejo de Estado antes estudiado, se infiere que la liquidación y reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se realiza conforme al principio de oscilación, para lo cual se tendrán en cuenta las variaciones que en todo tiempo se presenten y se introduzcan en las asignaciones devengadas en actividad, según el grado y conforme a los decretos expedidos por el Gobierno, esto con el fin de garantizar la igualdad en la remuneración de quienes se encuentran en retiro.

De manera que, en aplicación de lo anterior, así como del artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, se evidencia que las asignaciones de retiro y de pensión de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, deben ser reajustadas en virtud del principio de oscilación.

Por lo anotado en las anteriores consideraciones, al hallarse infirmada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad del Oficio 25493 GAG/SDP del 08 de octubre de 2014, por medio del cual la entidad demandada negó el reajuste de las primas de navidad, servicios, vacacional y subsidio de alimentación al demandante.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que reajuste la asignación de retiro de la demandante aplicando el principio de oscilación no sólo para la asignación básica y la prima de retorno a la experiencia como lo ha hecho, sino también para la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y subsidio de alimentación.

5.6. PRESCRIPCIÓN-

El Despacho estudiará de oficio el fenómeno de la prescripción, dado que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional no la propuso como medio exceptivo.

Las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, y así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

La tendencia jurisprudencial ha sido clara en el sentido de declarar no la prescripción del derecho pensional –toda vez que se trata de una prestación periódica– sino de declarar prescritas las mesadas que no se hayan reclamado dentro de los tres años anteriores al momento en que se quiere hacer efectivo el pago de las mismas.

En punto a este fenómeno prescriptivo, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, preceptuó:

“ARTÍCULO 43. *Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.*

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso”.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda³, al pronunciarse respecto de la legalidad del citado artículo 43, en sentencia del 10 de octubre de 2019, señaló:

“ (...)

111. Ahora bien, al revisar el término de prescripción trienal señalado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 se observa que este cumple con los parámetros de validez normativa en materia procesal, definidos anteriormente, dado que: i) No vulnera los principios, los criterios, los objetivos o los mínimos previstos en la Ley 923 de 2004; ii) atiende los principios y fines esenciales del Estado; iii) permite la realización material de los derechos sustanciales que el régimen pensional y de asignación de retiro consagra; iv) no vulnera derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública; v) la medida tiene un fin legítimo y constitucionalmente válido, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1994, vi) no se observa que la misma desborde los principios de razonabilidad y proporcionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la prescripción trienal es la regla general en materia laboral y ese término ha sido considerado válido por el máximo Tribunal Constitucional.

(...)

113. Conclusión: *El primer inciso del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que previó un término de prescripción trienal para las asignaciones y pensiones previstas en dicha norma, no fue expedido con vulneración del numeral 11 del artículo 189 ni del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, por haber*

³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Expediente: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015), Demandantes: Anderson Velásquez Santos, Sandra Mercedes Vargas Florián y Álvaro Rueda Celis, Demandada: NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Tema: Demanda de nulidad contra el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, sobre prescripción trienal de mesadas de asignación de retiro y pensiones de miembros de la Fuerza Pública.

incurrido en exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria al desarrollar la Ley 923 de 2004.

(...)"

Así pues, de las pruebas aportadas al proceso se establece que al demandante se le reconoció la asignación de retiro el 20 de mayo de 2013 (fl. 16), efectiva a partir del 08 del mismo mes y año y presentó reclamación administrativa mediante escrito radicado R-00001-201913724-CASUR Id Control 413286 el **22 de marzo de 2019** (fls. 20 a 24), razón por la cual, las mesadas de la asignación de retiro anteriores al **22 de marzo de 2016**, se encuentran prescritas y así habrá de declararse.

5.7. COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 25493 GAG/SDP del 08 de octubre de 2014, proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio del cual se negó el reajuste de las primas de navidad, servicios, vacacional y subsidio de alimentación al demandante.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al **22 de marzo de 2016**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR, a **i)** REAJUSTAR la asignación de retiro del señor **BENJAMÍN MORENO DÍAZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.653.420, aplicando el principio de oscilación no sólo para la asignación básica y la prima de retorno a la experiencia, sino también para la prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y subsidio de alimentación, a partir del **22 de marzo de 2016**, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR a pagar al señor **BENJAMÍN MORENO DÍAZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.653.420, los valores señalados en el numeral anterior con la aplicación de la siguiente fórmula: $R = Rh \text{ (Ind. F/ Ind. I)}$, en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos hasta el reajuste pensional.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

SEXTO: A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

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

DÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

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

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 10 de hoy 30 de abril de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

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

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

Código de verificación: **584cd65f656956a00ecc9f638c538b02f5dc022bc029b155e54a8b29ea18c435**
Documento generado en 28/04/2021 11:01:57 AM

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



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

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00332-00
Demandante: LILIANA MARTÍNEZ PEÑA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

La señora **LILIANA MARTÍNEZ PEÑA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.264.803 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES Y HECHOS

Las pretensiones de la demanda y los hechos en que se sustentan las mismas fueron precisadas en la Audiencia Inicial, llevada a cabo el 16 de marzo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53 58, 67 y 122 Constitucionales; Ley 6ª de 1945, artículos 12 y 17; Ley 65 de 1946,

Decreto 1160 de 1947, artículo 17; Decreto 1848 de 1969, artículo 89; Ley 4ª de 1976, artículo 1º; Decreto 1045 de 1978, artículos 5, 40 y 45; Decreto 2563 de 1990, artículos 7º y 9º; Ley 115 de 1994, artículo 15; Ley 244 de 1995, artículo 2º parágrafo; Ley 91 de 1989; Decreto 2371 del 2005, artículo 3º, numeral 3º, Ley 1071 del 2006, artículo 5º parágrafo; y demás normas subsidiarias y complementarias.

Sostiene que los actos administrativos demandados transgredieron las anteriores disposiciones, pues de manera ilegal desconocieron que la mora superior a los 65 días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías de la actora genera de manera automática una indemnización de carácter legal correspondiente a un día de salario por cada día de retardo y hasta cuando se verifique el pago, responsabilidad que debe ser asumida con los recursos provenientes de la entidad pagadora, esto es, de la Fiduciaria la Previsora S.A., a través del acto administrativo que profiere el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Secretaría de Educación de Bogotá.

Señala que el auxilio de la cesantía tiene naturaleza de una prestación social y consiste en el derecho que tiene el docente a percibir una suma de dinero liquidada y consignada a Fonpremag y que será utilizada, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias.

Manifiesta que la entidad demandada transgrede la normatividad que preceptúa la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías, al aplicar una norma que regula particularmente la profesión docente, aduciendo que por un trámite presupuestal, el reconocimiento de las mismas debe someterse a las condiciones impuestas, desconociendo un derecho consagrado por una errada interpretación del régimen aplicable a los docentes oficiales.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del 11 de febrero de 2020, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **improcedencia de la indexación de la sanción moratoria** en la que señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la

indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del proceso solo habrá lugar a ello cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante.

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día 25 de marzo de 2021, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio en el sentido que las entidades demandadas al demorar en forma injustificada el pago de la cesantía reconocida, violaron lo establecido en la Ley 1071 de 2006 y, en consecuencia, se deben condenar a reconocer y pagar a favor de la demandante los días de mora, esto es, desde el 9 de febrero de 2017 hasta el día 23 de noviembre de 2018, para un total de 646 días de indemnización, tomando como base el salario final acreditado.

4.2. Partes demandadas

La apoderada de la partes demandadas, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211180613111 del 24 de marzo de 2021**, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al

efecto admite que la entidad incurrió en **636** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, reiteró lo señalado en el escrito de contestación de la demanda en el sentido de que no se acceda a la indexación de la sanción moratoria y a la condena en costas.

4.3. Ministerio Público

La Procuradora Delegada ante el Despacho, a través de escrito allegado vía correo electrónico el 7 de abril de 2021, rindió concepto, en el cual manifestó que a los docentes le son aplicables la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, tal como lo señaló Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018.

Indicó que, de conformidad con los documentos allegados al proceso, se evidenció que mediante la Resolución No. 8234 del 22 de agosto de 2018, se reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a favor de la demandante en la cual se mencionó que la solicitud de reconocimiento fue presentada el 28 octubre de 2016, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 70 días hábiles para efectuar el pago de las cesantías, plazo que venció el 9 de febrero de 2017. Así mismo, afirmó que, según la certificación del 15 de marzo de 2021, expedida por la Fidruprevisora S.A., el pago de las cesantías definitivas quedó a disposición de la actora desde el 29 de octubre de 2018, incurriendo en mora de 625 días calendario, comprendido entre el 9 de febrero de 2017 hasta el 27 de octubre de 2018.

Adujo que respecto de la materialización del fenómeno de prescripción, estipulado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la misma no se configuro, toda vez, que la solicitud de pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva fue exigible a partir del 9 de febrero de 2017, es decir, no trascurrieron tres

años desde la fecha de causación del derecho, el momento en que se presentó la solicitud de reconocimiento y pago de esta.

Sostuvo que frente al silencio administrativo negativo contemplado en el artículo 83 del C.P.A.C.A., el mismo, no se configuró por parte de la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito, toda vez, que mediante Oficio del 13 de diciembre de 2018, se otorgó respuesta, remitiendo el requerimiento por competencia a la Fiduprevisora S.A., sin embargo, considera que se configuró el silencio con respecto a las obligaciones legales que tenía esta última entidad, pues no se observó que se contestara en término, ya que se emitió respuesta a la petición aproximadamente 5 meses después, esto es el 6 de mayo de 2019.

Así mismo, señaló que en relación con la indexación de la sanción moratoria, coincide con lo manifestado por la Fiduprevisora S.A., en la contestación de la demanda, en el sentido de que la misma no es procedente, lo anterior, acatando lo determinado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018.

Así las cosas, concluye que es procedente declarar la existencia y posterior nulidad del silencio administrativo negativo, derivado de la solicitud presentada por la demandante el 13 de diciembre de 2018, mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Afirmó que la demandante tiene derecho al pago de la sanción por mora en el pago de la cesantía definitiva, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 10 de febrero de 2017 hasta el 28 de octubre de 2018, la cual debe liquidarse, teniendo en cuenta la asignación básica que percibía la actora al momento de la causación, esto es 10 de febrero de 2017.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de **improcedencia de la indexación de la sanción moratoria** este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 8234 del 22 de agosto de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 28 de octubre de 2016.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-193994 del 13 de diciembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

5.2.3. Oficio No. S-2018-219039 del 22 de diciembre de 2018, a través del cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le comunicó a la demandante que los intereses por mora en el pago de la cesantía no son una prestación que se deba ser reconocida por acto administrativo y remite la solicitud a la Fiduprevisora.

5.2.4. Oficio No. 20191090928311 del 6 de mayo de 2019, mediante el cual la Fiduprevisora, informó a la demandante que la solicitud fue aprobada; no obstante, precisa que los recursos son de orden legal de conformidad con lo dispuesto por la ley 715 de 2001.

5.2.5. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de la cesantía quedó a disposición de la demandante el 29 de octubre de 2018.

5.2.6. Certificados de Salarios y de Historia Laboral de la actora, expedidos por la Secretaría de Educación de Bogotá.

5.2.7. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la demandante.

5.2.8. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 22 de julio de 2019, en la Procuraduría 3 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el día 13 de diciembre de 2018, ii) si tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada por la demandante el día 13 de diciembre de 2018, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles, después de haber radicado la solicitud de cesantías ante las entidades y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del

proceso, que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio haya resuelto la petición descrita anteriormente, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

Lo anterior, obedece a que mediante el oficio No. S-2018-219039 del 22 de diciembre de 2018, la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio informó que trasladaba a la Fiduciaria la Previsora S.A. la petición radicada por la demandante el 13 del mismo mes y año, por ser la encargada de reconocer y pagar los intereses moratorios, con el fin de que resolviera de fondo la petición.

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

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

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

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

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

A su vez, el artículo 5° estableció “**MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías **definitivas o parciales** de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (Negrillas fuera del texto original)*

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

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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

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

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

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

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

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

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

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

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

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

la exigibilidad de la sanción por mora, iii) el salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.5. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.5.1. Categoría de servidor público de la actora.

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Liliana Martínez Peña, ostentó la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá, calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 8234 del 22 de agosto de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **28 de octubre de 2016**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **22 de noviembre de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **22 de agosto de 2018**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **31 de octubre de 2016**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **9 de febrero de 2017**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **29 de octubre de 2018**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., incurriéndose en mora del **9 de febrero de 2017 al 28 de octubre de 2018**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

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

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **definitiva**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se produjo el retiro definitivo del servicio.

Ahora bien, se lee en la Resolución No.8234 del 22 de agosto de 2018, que la actora se desvinculó del servicio a partir del **2 de febrero de 2016**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en dicha fecha.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

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

“(..)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la

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

ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

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

(...)”.

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **30 de octubre de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Liliana Martínez Peña el 13 de diciembre de 2018, así como la nulidad del oficio 2019-1090928311 del 6 de mayo de 2019, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A., al encontrarse incursos en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por

el lapso comprendido entre el **9 de febrero de 2017 y el 28 de octubre de 2018**.

El valor del salario es el vigente para el **2 de febrero de 2016**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva, se hizo exigible a partir del **9 de febrero de 2017** y la señora Liliana Martínez Peña formuló reclamación administrativa el **13 de diciembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional, en tanto la demanda se presentó el **5 de agosto de 2019**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

³ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁴ **ARTICULO 102.** PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

⁵ **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

5.7. COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **13 de diciembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-193994.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-193994 del 13 de diciembre de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

TERCERO: Declarar la nulidad del oficio **2019-1090928311 del 6 de mayo de 2019**, expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A., por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la actora.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA

PREVISORA S.A., reconocer a la señora **LILIANA MARTÍNEZ PEÑA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.264.803 de Bogotá, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **9 de febrero de 2017 y el 28 de octubre de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **2 de febrero de 2016**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

QUINTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **30 de octubre de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Sin costas a cargo del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

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

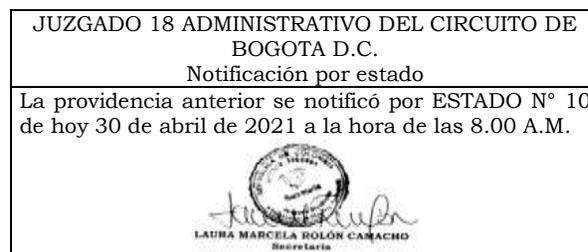
OCTAVO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

NOVENO: Las entidades demandadas deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**



Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2019-00332*

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

Código de verificación:

4c91bb0fe181cfdcb6b8bcfb0e092c0bbafba7a93af763d48388ede828ec35c7

Documento generado en 28/04/2021 09:44:23 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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



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

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00374-00
Demandante: EDGAR PULIDO GONZÁLEZ
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA
NACIONAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **EDGAR PULIDO GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.248.335 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende que se inaplique por inconstitucionales e inconventionales los párrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3° del Decreto 1858 de 2012.

Que se declare la nulidad del Oficio No. E-00001-201901310- CASUR id: 393737 del 25 de enero de 2019, mediante el cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro del actor.

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

- i) Reconocer y pagar en la asignación de retiro del actor el subsidio familiar como partida computable en un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde a su esposa la señora Adriana Patricia Roldán Osorio y a su vez un 5% del salario básico por su primer hijo Cristian Felipe Pulido Roldán y un 4% por su segunda hija Stephania Pulido Roldán, junto con sus intereses e indexación desde el 22 de noviembre de 2012, fecha en la cual se retiró de la institución policial.
- ii) Pagar al demandante los dineros correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales o cualquier otro derecho causado, más la indexación que en derecho corresponda, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.
- iii) Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que el señor Edgar Pulido González, luego de superar el respectivo curso de formación ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año 1993 en la categoría de agente, posteriormente en el año 1994, fue homologado al nivel ejecutivo iniciando su vida laboral, bajo dicho régimen .

1.2.2. Que el demandante ingresó al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en vigencia del Decreto 1091 de 1995, norma que en su momento edificó la estructura prestacional de los miembros de la referida categoría, el cual en sus artículos 15 y 49 dispusieron que el Subsidio Familiar percibido por los uniformados no constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales.

1.2.3. Que mediante derecho de petición el actor solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se le reconociera como partida computable dentro de la asignación de retiro el subsidio familiar, considerando que dichas normas carecen de soporte constitucional.

1.2.4. Mediante acto administrativo No. E-00001-201901310 CASUR Id: 393737 del 25 de enero de 2019, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable, fundamentando su decisión en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y su parágrafo, argumentando que dichos instrumentos normativos no contemplan dicho aspecto.

1.2.5. Que el señor Edgar Pulido González devenga asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de la Policía Nacional en un porcentaje del 77% de lo que corresponde a un intendente jefe de la Policía Nacional y dentro de la liquidación de su prestación económica no se incluyó el subsidio familiar como factor de liquidación, tal como se advierte en la Resolución No. 001396 del 7 de marzo de 2013.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículo 13, 42, 44, 53 y 93 Constitucionales, las Convenciones sobre los derechos del niño del año 1989, artículo 2, numeral 2, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 17, pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 10 y 11 y la Ley 1098 del año 2006 artículos 1 y 7.

Señala que el reconocimiento del subsidio familiar tenía como finalidad la protección de un Estado Social constitucional y democrático de derecho, esto es la familia, pero además de ello, se consideró que dicha protección económica debía circunscribirse en las personas que salarialmente estaban menos desfavorecidas, expresándose de forma literal en la Constitución Política que debía ser implementado en los trabajadores que menor ingreso poseían en el sector privado y excepcionalmente en el público.

Arguyó que el subsidio familiar además de revestirse de garante para la protección de la familia colombiana, también es fuente de amparo para los menores y adolescentes de nuestro país, ya que mediante el apoyo que proporciona, los titulares directos puedan solventar gastos propios de su edad, bajo la tutela de sus representantes legales.

Agregó que el Congreso de la República expidió la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), el cual más allá de gestar legalmente los artículos constitucionales, ha sido eje orientador de interpretación para la expedición de las normas que regulan en algún aspecto temas relacionados con la niñez Colombiana.

Señaló que el acto demandado está viciado de nulidad por transgredir el derecho a la igualdad, dado que existe discriminación con respecto de la aplicación del reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, ya que, no es constitucional o legal que dicha aplicación deba emplearse de forma diferente entre las categorías que componen la institución Policial, toda vez que la prestación posee un fin especialísimo para el ordenamiento jurídico colombiano, el cual es proteger la familia como núcleo esencial del Estado, ratificado por la Ley 21 de 1982, el artículo 15 del Decreto 1091 del año 1995, por la jurisprudencia Constitucional, en los artículos 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Aduce que no encuentra justificación que permita validar la diferencia porcentual que se le reconoce a los Oficiales, Suboficiales y Agentes con respecto de los miembros del nivel ejecutivo, así mismo, tampoco existe motivo que sustente el hecho que el subsidio familiar sea incluido como factor salarial para los primeros, excluyendo directamente a dicho nivel; en razón de ello, afirma que se debe proporcionar igual protección a quienes ostentan características idénticas.

Argumentó que la Jurisprudencia constitucional en materia de pensiones ratificó que una vez alcanzado el nivel de protección de un

derecho social existe prima facie la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo, a través del test de no regresividad.

III. CONTESTACION

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del 9 de marzo de 2020, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Argumenta que en el caso del actor se dio correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, efecto para el cual, se le reconoció asignación de retiro mediante la Resolución No. 1396 del 7 de marzo de 2013, de conformidad con las disposiciones legales contenidas en los Decretos 1091 de 1995, 1791 de 2000, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, correspondiéndole una asignación mensual del 77%, consistente en el sueldo básico y partidas legalmente computables y de acuerdo a lo dispuesto en su hoja de servicios.

Señaló que en el presente caso se reclama la liquidación de la asignación de retiro del actor, con las normas de agentes, oficiales y suboficiales contenidas en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, desconociendo que voluntariamente se acogió al nivel ejecutivo, por lo tanto, para dicha liquidación se tomaron los criterios contenidos en el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, y en ese sentido, pretender que se le haga extensivo lo establecido en dichos Decretos y aplicar partidas que nunca se le reconocieron, resulta contrario a derecho, pues conllevaría a un aumento injustificado de la prestación devengada, quedando por encima del resto del personal de la Policía Nacional, vulnerándose el principio de inescindibilidad de la norma.

De otro lado, propuso la excepción de **Inexistencia del derecho**, afirmando que de conformidad con los documentos que reposan en la historia laboral del actor se constató que el retiro y la adquisición de sus derechos pensionales se produjeron bajo la vigencia de los Decretos

1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, y demás normas concordantes.

Así las cosas, señala que la entidad demandada se encuentra en imposibilidad jurídica para reajustar la asignación de retiro en el porcentaje deprecado y con normas propias de otros grados que al actor no le corresponden y, en consecuencia, no deben prosperar las pretensiones de la demanda.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante.

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el 9 de abril de 2021, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, y luego de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, señaló que el subsidio familiar por su especial finalidad no es una prebenda laboral cualquiera, teniendo en cuenta que su fin es la base que permite materializar lo establecido en los artículos 48 y 53 constitucionales.

Manifestó que el titular directo del subsidio familiar no es el trabajador, sino su núcleo familiar, especialmente los niños y personas de la tercera edad, por lo cual la verificación de la trasgresión del derecho a la igualdad debe realizarse entre las familias de los uniformados de la Policía Nacional y no de sus directos trabajadores.

Argumentó que teniendo en cuenta que los titulares del subsidio familiar son los niños y adolescentes, es necesario verificar los términos de aplicación en el Sistema Prestacional de la Policía Nacional, en congruencia con los postulados de la supremacía del interés del menor Colombiano, lo cual se concreta en el código de la Infancia y la Adolescencia, el cual prohíbe cualquier tipo de discriminación.

Aduce que en todo el sistema laboral de la Fuerza Pública los únicos uniformados a los cuales no se les reconoce el subsidio familiar en términos paritarios es a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, siendo esto discriminatorio desde el punto de vista constitucional.

Concluye que acepta que en principio el subsidio familiar por ser una prestación social no debe ser incluido en las pensiones ya que esta última también posee la misma naturaleza; no obstante, se evidencia que desde hace más de 4 años y en sus distintas formas aquél siempre ha sido partida computable para liquidar las asignaciones de retiro de todos los oficiales, suboficiales y agentes de la Fuerza Pública, inclusive del personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, en procura de mejorar el bienestar de los mismos.

4.2. Parte demandada.

El apoderado de la parte demandada, mediante memorial del 8 de abril de 2021, allegado a este Despacho vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión, señalando que en cuanto a la situación particular del demandante, se aplicaron los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, teniendo en cuenta que se homologó al nivel ejecutivo voluntariamente, siendo su decisión libre y voluntaria, por considerar que cumplía sus expectativas, sin que pueda hablarse entonces, de discriminación o desmejora en ningún aspecto, pues tuvo una serie de beneficios y su situación económica no fue desmejorada en ningún momento.

Argumenta que no se puede vulnerar el principio de inescindibilidad normativa, en el sentido de efectuar una mixtura de regímenes entre lo establecido por una parte para los policiales que fueron parte del cuerpo de la Institución bajo la calidad de Agentes frente al régimen que de manera muy distinta regula la carrera del Nivel Ejecutivo, otorgando beneficios no reconocidos en la Ley.

Por lo anterior, solicitó que se acojan los argumentos de defensa expuestos y en consecuencia se desestimen las pretensiones de la demanda.

4.3. Ministerio Público.

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

1. Resolución No. 1396 del 7 de marzo de 2013, mediante la cual la entidad demandada le reconoció asignación de retiro al actor, a partir del 22 de febrero de 2013, en cuantía equivalente al 77%.
2. Copia de la Liquidación de la asignación de retiro del actor, efectuada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.
3. Derecho de petición elevado ante la entidad demandada el 11 de diciembre de 2018, a través del cual el actor solicitó el reajuste de la asignación de retiro, incluyendo como partida computable el subsidio familiar.
4. Oficio con Consecutivo No. E-00001-201901310 del 25 de enero de 2019, a través del cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó la anterior solicitud del actor, teniendo en cuenta que de su hoja de servicios se advierte que laboró en el escalafón del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, razón por la cual se ordenó el reconocimiento y pago de su asignación mensual de retiro, con las partidas establecidas en el

numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.

5. Hoja de servicios del señor Edgar Pulido González.

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

7. Copia del registro Civil de Matrimonio No. 2749399 del 25 de enero de 1999, celebrado entre el actor y la señora Adriana Patricia Roldán Osorio.

8. Copia de los registros Civiles de Nacimiento de los hijos del actor, Cristian Felipe y Stephania Pulido Roldán.

9. Informe técnico No.1245, suscrito por el Director Nacional Veeduría delegada para la Policía Nacional, por medio del cual se recomienda la reliquidación de la asignación de retiro del actor, con la inclusión del subido familiar.

10. Medio magnético contentivo del expediente administrativo del demandante.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar i) si hay lugar a la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad de los parágrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3° del Decreto 1858 de 2012 y ii) si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, con la inclusión del subsidio familiar contenido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

5.3. Del Régimen salarial y prestacional aplicable a los Miembros del Nivel Ejecutivo. Antecedentes normativos y jurisprudenciales.

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

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

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

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

(...)

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

Por lo anterior, se expidió el Decreto 132 del 13 de enero de 1995, a través del cual se desarrolló la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el cual estableció la jerarquía del personal del nivel ejecutivo, así:

“ARTÍCULO 3º. JERARQUÍA. *La Jerarquía del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para*

todos los derechos y obligaciones consagrados en este estatuto, comprende los siguientes grados:

1. Comisario
2. Subcomisario
3. Intendente
4. Subintendente
5. Patrullero, carabinero, investigador según su especialidad.

ARTÍCULO 4°. DENOMINACIÓN DE ALUMNOS. *Los aspirantes que ingresen a las escuelas de formación, no pertenecen a la jerarquía de que trata el presente capítulo y se denominarán alumnos. Su nombramiento y retiro se producirán por orden administrativa de personal”.*

Por su parte, el artículo 82 ibídem, dispuso:

"Artículo 82°.- INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional". (Negrillas fuera del texto original).

Ahora bien, en desarrollo de las normas generales contenidas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, el cual consagró el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y respecto al reconocimiento de la asignación de retiro, dispuso:

“Artículo 51. *Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:*

a) *Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:*

1. *Llamamiento a calificar servicio.*

2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.

4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.

b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:

1. Por solicitud propia.

2. Por incapacidad profesional.

3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.

4. Por conducta deficiente.

5. Por destitución.

6. Por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días.

7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995” (Negrillas fuera del texto original).

En ese sentido, el artículo 49 ibídem, contempló las siguientes partidas para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal del Nivel Ejecutivo:

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

a) Sueldo básico;

b) Prima de retorno a la experiencia;

c) Subsidio de Alimentación;

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

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

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

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

Y, respecto a la partida denominada subsidio familiar, señaló en su artículo 15, lo siguiente:

“Artículo 15. Definición. *El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.*

Parágrafo. *El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso”* (Negrilla fuera del texto original).

Sin embargo, el H. Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 2007¹, declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, al señalar:

“(…)

Adicionalmente, dirá esta Sala que al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - parágrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo”.

¹ Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, Expediente radicado número 1240-04

Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 797 de 2003, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otras, para “*expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía*”, facultad en virtud de la cual el Gobierno expidió el Decreto **Ley 2070 del 25 de julio de 2003**, “*por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares*”, incluidos los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el cual en el artículo 25, señaló:

“Artículo 25. *Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro...*” (Negrilla fuera del texto original).

De otro lado, el artículo 45, *ibidem* señaló la vigencia y derogatorias del aludido Decreto, así:

“Artículo 45. *Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, **deroga las demás disposiciones que le sean contrarias** y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000*”. (Negrilla fuera del texto original).

Sin embargo, el Decreto Ley 2070 de 2003, fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional a través de Sentencia C-432 de 2004, argumentando que de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 de la Constitución Política, el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública está reservado a las leyes marco, lo cual impide su expedición a través de un decreto con fuerza de Ley.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 923 del 30 de diciembre de 2004, “*mediante la cual se señalan normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública...*”, cuyo artículo 3º reguló lo relacionado con la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluidos los del Nivel Ejecutivo, de la siguiente manera:

“Artículo 3º. Elementos mínimos. *El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*

3.1. *El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.*

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal” (Subraya el Despacho).

En ese sentido, en desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, el cual en torno al tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, en su artículo 25, señaló:

“ (...)”

Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de 20

años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así: (Negrilla del Despacho)

(...)

Parágrafo 2°. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con 20 años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un 75% del **monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto**, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas.”. (Negrillas del Despacho).

Por su parte, el artículo 23 del mencionado Decreto, señaló taxativamente las partidas computables en la asignación de retiro, pensión de invalidez y pensión de sobrevivencia del personal de la Policía Nacional, entre ellos, el nivel ejecutivo, así:

“ARTÍCULO 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. (Negrilla del Despacho)

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, **ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales**". (Negrilla fuera del texto original)

Sin embargo, el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, que regulaba lo relacionado con la asignación de retiro para los miembros del Nivel Ejecutivo, fue anulado por el Consejo de Estado a través de sentencia del 12 de abril de 2012², al estimar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria, incrementando la edad para que dicho personal accediera a la asignación de retiro.

Posteriormente, se expidió el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional", el cual reguló lo relacionado con la asignación de retiro estableciendo para el efecto la distinción entre personal homologado y los que ingresaron al escalafón por incorporación directa, así:

"ARTICULO 1. Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que **ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 01 de Enero de 2005**, siendo Suboficiales o **Agentes**, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren **a solicitud propia** o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague **una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3 del presente decreto**, por los quince

² Expediente: 0290-06(1074-0)7 radicación: 110010325000200600016-00, Actor: Juan Carlos Beltrán Bedoya, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

(15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas. (Negrilla del Despacho)

ARTICULO 2. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. *Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas”.*

Ahora bien, el H. Consejo de Estado a través de sentencia del 3 de septiembre de 2018³, declaró la nulidad del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, al sostener que el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2003, al exigirle al personal vinculado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente hasta el **31 de diciembre de 2004**, requisitos más gravosos para acceder al derecho a la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringe a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.

³ Expediente: 11001-03-25-000-2013-00543-00, actor: Julio Cesar Morales Salazar y otros, demandado: Ministerio de Defensa Nacional

Sin embargo, no se pronunció frente al artículo 1º, que contempla el régimen de transición para el personal homologado de dicho nivel, que ingresó voluntariamente antes del **1 de enero de 2005**, siendo suboficiales **o agentes**.

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa el señor Edgar Pulido González pretende que se ordene a la entidad demandada que se reliquide su asignación de retiro, con la inclusión del subsidio familiar contenido en el Decreto 1213 de 1990, efecto para el cual, se inapliquen los parágrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y del artículo 3º del Decreto 1858 de 2012.

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

NOVEDAD	FECHA INICIO	FECHA TERMINO	TOTAL A M D
AGENTE ALUMNO	5 de octubre de 1992	30 de abril de 1993	0-06-25
AGENTE NACIONAL	1 de mayo de 1993	30 de junio de 1994	1-1-29
NIVEL EJECUTIVO	1 de julio de 1994	22 de noviembre de 2012	18-04-21
ALTA TRES MESES	22 de noviembre de 2012	22 de febrero de 2013	00-03-00
DIFERENCIA AÑO LABORAL DECRETOS 1091 DEL 15 Y 49 DE JUNIO DE 1995			0-03-20
TOTAL TIEMPO			21-05-12

En ese sentido, se desprende que el actor ingresó a la Policía Nacional el 5 de octubre de 1992, como Agente alumno, del 1 de mayo de 1993 al 30 de junio de 1994, como Agente y se **homologó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional** desde el 1 de julio de 1994, calidad que ostentó hasta el 22 de noviembre de 2012, fecha de retiro y dado de alta por tres meses hasta el 22 de febrero de 2013.

Por lo anterior, a través de la Resolución No. 1396 del 7 de marzo de 2013, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció al actor una asignación de retiro equivalente al 77% del sueldo básico devengado en actividad para el grado y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 22 de febrero de 2013, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1091 de 1995, 1791 de 2000, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, normatividad aplicable al personal del nivel ejecutivo.

Así mismo, se observa de la liquidación obrante en el expediente, que al actor en su asignación de retiro se le reconocieron las siguientes partidas computables: sueldo básico, prima retorno experiencia, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, y subsidio de alimentación.

Ahora bien, de conformidad con el marco normativo expuesto anteriormente, se evidencia que el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 1° del Decreto 1858 de 2012, en concordancia con la Ley 923 de 2004, toda vez que se incorporó como Agente el 1 de mayo de 1993 y se homologó al nivel ejecutivo voluntariamente el 1 de julio de 1994, esto es **antes del 1° de enero de 2005**.

Lo anterior, por cuanto se reitera que el Consejo de Estado a través de sentencia del 3 de septiembre de 2018, declaró la nulidad del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, el cual cobijaba al personal del nivel ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa; sin embargo, no se pronunció frente al artículo 1°, que contempla el régimen de transición

para el personal homologado de dicho nivel, que ingresó voluntariamente antes del **1 de enero de 2005**, siendo suboficiales o **agentes**.

Así las cosas, resulta claro que estos últimos tendrán derecho -cuando sean retirados de la Institución después de 15 años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a **solicitud propia** como es el caso del actor, o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los 20 años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta-, a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, por los 15 primeros años de servicio, un 4% más por cada año que exceda de los 15, hasta cumplir los 19 años y un nueve por ciento 9% al cumplir los 20 años de servicio.

En ese sentido, es dable remitirse a los artículos 3° y 4° del Decreto 1858 de 2012, que disponen:

“Artículo 3°. *Fijanse como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1° de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:*

1. Sueldo básico.
2. Prima de retorno a la experiencia.
3. Subsidio de alimentación.
4. Duodécima parte de la prima de servicio.
5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.
6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.

Artículo 4°. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”*

Por consiguiente, se observa que la entidad demandada acertadamente aplicó al demandante el régimen previsto para el personal homologado del nivel ejecutivo que no es otro, que el contemplado en el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, reconociendo la prima retorno experiencia, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y subsidio de alimentación, normatividad que taxativamente dispuso que ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal homologado a dicho nivel, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.

En consecuencia, el señor Edgar Pulido González, al homologarse voluntariamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, renunció a las prerrogativas del Decreto 1213 de 1990, por lo que no es posible incluir en su asignación de retiro la partida computable del subsidio familiar prevista para los Agentes, al no encontrarse taxativamente en el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por el apoderado del demandante en el concepto de violación del libelo demandatorio, al señor Pulido González no se le transgredió el derecho a la igualdad, ni existe discriminación frente al no reconocimiento del subsidio familiar en su asignación de retiro, toda vez no es posible escindir el régimen para aplicar las condiciones que le resulten más favorables, sino que debe someterse integralmente a la reglamentación propia de su régimen y no solicitar la aplicación de unas prerrogativas que no le pertenecen al haber renunciado a las mismas, cuando decidió homologarse voluntariamente al nivel ejecutivo.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia de 7 de febrero de 2019, proceso 05001-23-33-000-2014-01926-01, Magistrado Ponente, Gabriel Valbuena Hernández, demandante: Carlos Alberto Castrillón Yepes, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, indicó:

“ (...) En el sub judice no es posible hacer una interpretación factor por factor, como se pretende, porque ello sería tanto como arrogarse la Sala la competencia atribuida constitucional y legalmente al legislador (Congreso de la República) y llegar a crear un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los oficiales, suboficiales y agentes (D. 1212 y 1213/90) y para el nivel ejecutivo (D. 1091/95).

En sentencia de 9 de octubre de 2008, la Sección Segunda del Consejo de Estado (12), tuvo la oportunidad de pronunciarse con relación a los principios de favorabilidad e inescindibilidad y la protección de los derechos adquiridos, así como los eventos en los que un cambio de régimen salarial y prestacional implica la pérdida de una prima específica o de unos beneficios laborales pero, al mismo tiempo, la ganancia de otros.

Significa que, si bien es cierto, no se desconoció la protección dada a los agentes y suboficiales que se incorporaron voluntariamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tampoco puede adelantarse un estudio de la situación ventilada al margen del principio de inescindibilidad y, por supuesto, del de favorabilidad, ya que mirado en su conjunto, el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995 no desmejoró sus condiciones laborales.

Quienes se acogieron al nivel ejecutivo vieron aumentados sus ingresos, dando aplicación la accionada de esta manera al principio de progresividad y no solamente manteniendo sus condiciones salariales y prestacionales, sino que éstas fueron mejoradas. Sobre el cambio de régimen, la Sentencia C-313 de 2003 proferida por la Corte Constitucional, indicó lo siguiente:

“(...) Es decir, que quienes decidan voluntariamente asimilarse al nuevo régimen, tendrán la opción de hacerlo, tomando en cuenta que en relación con dicha asimilación estarán en la misma situación que quienes ingresan por primera vez a la carrera docente (...) En la medida en que esa asimilación es voluntaria, si dadas estas condiciones ella no resulta atractiva para sus intereses, el docente podrá optar por mantenerse en el antiguo régimen en el que le son reconocidos dicho tiempo de servicio y experiencia” (resaltado fuera de texto).”

(...)

De la jurisprudencia transcrita, se colige que si bien en el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, no contempló el subsidio familiar como partida computable de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del nivel ejecutivo homologado, sí se crearon unas nuevas primas tales como la de retorno a la experiencia y se estipuló una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de

Agente, por lo que en vigencia del nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestacionales que el actor disfrutaba antes del 1 de julio de 1994.

Por otro lado, el querer del legislador ha sido que los miembros del nivel ejecutivo tengan un régimen salarial, prestacional y pensional propio y diferente al régimen de los miembros de la carrera de suboficiales y agentes; tanto es así, que después de la declaratoria de nulidad de las normas que en principio regulaban el nivel ejecutivo y ante el vacío que existía sobre la materia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1858 de 2012, mediante el cual fijó el régimen de transición y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, encontrándose vigente lo dispuesto para el personal homologado.

Conforme a dicha preceptiva, la entidad demandada incluyó en la liquidación de la asignación de retiro del demandante las partidas computables del nivel ejecutivo de la Policía Nacional señaladas en el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, sin que sea posible incluir el subsidio familiar, que se reitera, se encuentra dispuesto en el Decreto 1213 de 1990, para los Agentes, grado que no ostentaba el demandante al momento del retiro, razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

Por último, es importante advertir el yerro en el que incurre la parte actora al solicitar la inaplicación por inconstitucionalidad del párrafo de los artículo 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995 y del párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, pues los primeros se vieron afectados de nulidad con ocasión de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 14 de febrero de 2007, que declaró la nulidad del artículo 51 de dicho decreto⁴, en tanto que el artículo 23, numeral 23.2 del Decreto 4433 de 2004, quedó afectado de nulidad por la sentencia del Consejo de Estado del 12 de abril de 2012, que declaró la nulidad del artículo 25 de dicho Decreto⁵.

⁴ Consejo de Estado, sentencia del 14 de febrero de 2007, Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, Expediente radicado número 1240-04

⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 12 de abril de 2012, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Expediente: 0290-06(1074-07) radicación: 110010325000200600016-

5.5. COSTAS.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte actora.

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

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

<p>JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado</p>
<p>La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 10 de hoy 30 de abril de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.</p>
<p> LAURA MARCELA ROLÓN CASACHO Secretaría</p>

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

Código de verificación:

**6b494263b04a14226e23c4117d40860d4e8bf49c8bd56fe962cda766986fe
0a9**

Documento generado en 28/04/2021 11:33:37 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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



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

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00480-00**
Demandante: ALICIA YADIRA OVALLE CÁRDENAS
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO-
Asunto: SENTENCIA

La señora **ALICIA YADIRA OVALLE CÁRDENAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.275.269, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 26 de diciembre de 2018, frente a la petición elevada el 26 de septiembre de 2018, por medio de la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía parcial.

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

- i) Declarar que la demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.
- ii) Reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el proceso, hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reclamada.
- iii) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- iv) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el C. G. del P.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. Que el párrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día

29 de julio de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 0007 del 3 de enero de 2017, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 24 de marzo del mismo año, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. Que el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley, y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir del cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 29 de julio de 2016, siendo el plazo para pagarla el día 9 de noviembre de 2016, pero se realizó el 24 de marzo de 2017, por lo que trascurrieron 134 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. El 26 de septiembre de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

1.2.8. Una vez presentada la reclamación administrativa trascurrieron más de tres meses, sin que la entidad diera respuesta, configurándose

el acto ficto o presunto negativo de que trata el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

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

Manifiesta que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, establecieron un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles, después de haber radicado la solicitud.

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

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra

cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

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

III. CONTESTACIÓN

El auto admisorio de la demanda fue notificado el 28 de febrero de 2020 (fls. 39 a 43), razón por la cual el plazo para contestarla feneció el 4 de septiembre de 2020, lapso que transcurrió sin pronunciamiento de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211180729721 del 7 de abril de 2021**, señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **134** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo

de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

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

En ese orden de ideas solicita al Despacho que de acceder a las pretensiones de la demanda, no se reconozca la indexación de la sanción moratoria ni se condene en costas conforme con los argumentos expuestos.

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.1.1. Resolución No. 0007 del 3 de enero de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 29 de julio de 2016 y acta de notificación personal (fls. 14 a 16).

5.1.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-147730 del 26 de septiembre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicita el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 11 y 13).

5.1.6. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías parciales quedó a disposición de la demandante el 24 de marzo de 2017.

5.1.9. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 16 de octubre de 2019, en la Procuraduría 138 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 18 y 31).

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 26 de septiembre de 2018, ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.3. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la

administración frente a la petición formulada por la demandante 26 de septiembre de 2018 (fls. 4 a 5), mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 26 de septiembre de 2018 (fls. 3 a 4), tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

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

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación*

de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

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

A su vez, el artículo 5° estableció “**MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

*PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías **definitivas o parciales** de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el*

funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (Negrillas fuera del texto original)

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

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.3.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el

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

pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

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

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

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

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

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

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

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional,

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes, ii) la exigibilidad de la sanción por mora, iii) el salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.4. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.4.1. Categoría de servidor público de la actora.

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

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Alicia Yadira Ovalle Cárdenas, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y

pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital – sistema general de participaciones, IED Gerardo Molina Ramira (fl. 14), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.4.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 0007 del 3 de enero de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **29 de julio de 2016**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **22 de agosto de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **3 de enero de 2017**, es decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **1 de agosto de 2016**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **9 de noviembre de 2016**, suma que quedó a disposición

de la actora desde el **24 de marzo de 2017**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., incurriéndose en mora del **9 de noviembre de 2016 al 23 de marzo de 2017**.

5.4.3. Salario base de liquidación.

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

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

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

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

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende dos anualidades (**9 de noviembre de 2016 al 23 de marzo de 2017**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de noviembre y diciembre de 2016 y de enero a marzo de 2017.

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del

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

CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(…)

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

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

(…)”.

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **25 de marzo de 2017** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Alicia Yadira Ovalle Cárdenas el 26 de septiembre de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **9 de noviembre de 2016 y el 23 de marzo de 2017**.

El valor del salario es el vigente para los meses de noviembre y diciembre de 2016 y de enero a marzo de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

5.5. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

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

³ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁴ **ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

⁵ **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **9 de noviembre de 2016** y la señora Alicia Yadira Ovalle Cárdenas formuló reclamación administrativa el **26 de septiembre de 2018** (fl. 11), en tanto la demanda se presentó el **20 de noviembre de 2019** (fl. 32), de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.6. COSTAS

Por último, se condenará en costas a la entidad demandada, pues no ejerció defensa alguna de sus intereses al no contestar la demanda dentro del proceso que nos ocupa.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **26 de septiembre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-147730.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-147730 del 26 de septiembre de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora

ALICIA YADIRA OVALLE CÁRDENAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.275.269, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **9 de noviembre de 2016 y el 23 de marzo de 2017**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de noviembre y diciembre de 2016 y de enero a marzo de 2017, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **25 de marzo de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Condenar en costas al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. En consecuencia por Secretaría liquídense las mismas, incluyendo como agencias en Derecho el 2% de las pretensiones accedidas en la presente sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016. Por Secretaría tásense.

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

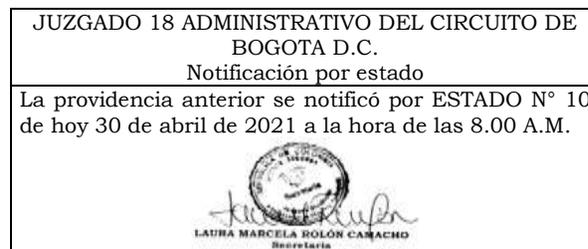
SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**



Firmado Por:

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

**JUZGADO 018 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ, D.C.-
SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C.,**

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

Código de verificación:

0e751a9ff5cdaec81a5871a1682c635354f94b79bf2c364f08d7d0f418d4b8c

6

Documento generado en 28/04/2021 08:22:42 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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



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

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-**2018-00275-00**
Demandante: ERICH ALEXEI LENIS MOLINA
Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO –
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AGENCIA DEL
INSPECTOR GENERAL DE TRIBUTOS, RENTAS Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – ITRC- y UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN-
Asunto: SENTENCIA

El señor **ERICH ALEXEI LENIS MOLINA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.014.202.287 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AGENCIA DEL INSPECTOR GENERAL DE TRIBUTOS, RENTAS Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – ITRC y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la continuación de la Audiencia Inicial, de Alegaciones y Juzgamiento llevada a cabo el 16 de marzo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

1.2 HECHOS

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

1.2.1 La Subdirección de Gestión de Investigaciones Disciplinarias de la UAE - ITRC-, inició el proceso administrativo disciplinario No. 1704-01-2017-214, en virtud de la información suministrada por la doctora Mery Eydelisa Restrepo Núñez, Jefe de la División de Gestión de Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, quien puso en conocimiento los hechos acaecidos el día 27 de agosto de 2014, según los cuales: *"(...) en desarrollo de una actuación aduanera realizada por funcionarios de la DIAN al viajero MELQUICEDEC RODRIGUEZ ACERO, identificado con cc No. 72.148.670, quien ingresó al territorio nacional (sic) proveniente de la Ciudad de Panamá en Compañía de la Señora MARÍA MAGDALENA RIVERO RUA, fue perfilado para verificación de divisas por la patrullera de la POLFA MÓNICA CUATAPÍ, procedimiento (sic) dentro del cual, presuntamente se cambiaron las setenta (70) piedras (sic) preciosas encontradas al viajero, mercancía que no había sido declarada (sic) en la modalidad de viajeros"*.

1.2.2 Igualmente, se puso de presente que en virtud de dicho trámite fueron elaborados y posteriormente destruidos algunos documentos que daban cuenta de la actuación adelantada, los cuales fueron encontrados al día siguiente en el depósito de basura de la sala de conteos de la División de Gestión de Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

1.2.3 La Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, mediante el Auto No. 17403-000239 del 24 de septiembre de 2014, dio apertura a la indagación preliminar bajo el radicado No. 1704-01-2014-214, en aras de verificar la ocurrencia de la irregularidad denunciada, determinar si la misma constituía falta disciplinaria o si se había actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad e individualizar y/o identificar a los funcionarios que hubiesen intervenido en los hechos.

1.2.4 A través del Auto No. 17404-00104 del 20 de noviembre de 2014, se ordenó la apertura de investigación disciplinaria en contra de los señores Erich Alexei Lenis Molina y Luz Adriana Vélez Méndez.

1.2.5 Por medio del Auto No. 17410-00031 del 23 de mayo de 2016, se ordenó el cierre de la investigación disciplinaria y, posteriormente, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, expidió el Auto de pliego de cargos No. 1740600022, en contra del demandante.

1.2.6 El 11 de octubre de 2016, el apoderado del demandante se pronunció frente al auto de formulación de cargos.

1.2.7 Mediante el Auto No. 17416-00018 del 19 de octubre de 2016, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, resolvió la práctica de pruebas solicitadas en descargos.

1.2.8 A través del Auto No. 17421-0016 del 23 de diciembre de 2016, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, corrió traslado para alegatos, oportunidad de la que hizo uso el apoderado del actor.

1.2.9 El Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencias del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, profirió el Fallo No. 17317-00035 el 23 de diciembre de 2016, declarando responsable disciplinariamente al demandante e imponiéndole como sanción la destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años, para ejercer funciones públicas, decisión que fue objeto de recurso de apelación, el 3 de enero de 2017.

1.2.10 El Director General de la UAE ITRC, por medio del Auto No. 0005 del 2017, declaró la nulidad del Auto No. 17421-00016 del 23 de noviembre de 2016, por medio del cual se dispuso correr traslado para alegatos de conclusión y la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, insistió en la práctica de pruebas ordenada en el expediente disciplinario, lográndose recaudar el testimonio de la señora Maria Magdalena Rivera Rúa.

1.2.11 La Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, procedió a correr traslado para alegatos, mediante el Auto No. 17421-0003

del 9 de mayo de 2017.

1.2.12 El 30 de mayo de 2017, el apoderado del demandante presentó sus alegaciones finales y el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencias del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC-, procedió a proferir el fallo No. 17317-00019 del 21 de julio de 2017, declarando responsable disciplinariamente al actor y sancionándolo con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años, para ejercer funciones públicas.

1.2.13 El 2 de agosto de 2017, se interpuso recurso de apelación y por medio del Fallo No. 16 del 30 de Octubre de 2017, el Director General dispuso: *"RECHAZAR las razones de apelación presentadas por la defensa del disciplinado ERICH ALEXEI LENIS MOLINA y como consecuencia confirmar totalmente el falla (sic) sancionatorio proferido el 21 de julio de 2017, por el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, a través de la cual se sancionó con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años al servidor ERICH ALEXEI LENIS MOLINA, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, por encontrarlo responsable de incurrir en la falta disciplinaria, cometida bajo las circunstancias de modo, tiempo y lugar referidas"*.

1.2.14 Mediante la Resolución No. 010147 del 20 de diciembre de 2017, se hizo efectiva la sanción de destitución e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de diez (10) años, impuesta al demandante, decisión que fue comunicada, a través del Oficio No. 100215362-7939.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidos los artículos 29 de la Constitución Política; 9, 13, 128, 141 y 142 de la Ley 734 de 2002, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Sostuvo que los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación, toda vez que no se valoraron de forma adecuada los medios probatorios recaudados en el proceso disciplinario.

En ese sentido, manifestó que de los documentos obrantes en el expediente, se evidencia que al demandante no le asignaron labores propias de la División de Gestión de Viajeros, pues conforme a la Resolución No. 1776 del 16 de noviembre de 2012, se encontraba en la División de Gestión de Control de Carga GIT de Tráfico Postal y Envíos Urgentes de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, cargo en el que se posesionó el 20 de noviembre de 2012 y solamente hasta el 17 de marzo de 2014, esto es, 7 meses después, a través de Resolución No. 259 de dicho año, fue ubicado en la División de Gestión de Control Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

Adujo que al revisar cada una de las funciones a su cargo, no se puede determinar que estuvieran encaminadas a efectuar el control de ingreso de los viajeros que hicieran su arribo como se sustentó en los fallos disciplinarios, pues si bien el demandante fue quien realizó el perfilamiento de los viajeros, lo cierto es que el Operador Disciplinario procedió a confundir dicho procedimiento con la conducción hasta las oficinas de la División.

Precisó que no se le puede dar credibilidad a lo expuesto por la patrullera Mónica Cuatapí, pues esta incurrió en serias contradicciones, las cuales desvirtúan sus afirmaciones, específicamente frente al informe rendido a través del Oficio No. S-2014-000533-SUBOP-AEROP-29 y dirigido al Mayor Germán Andrés Garzón Cuartas, Jefe Grupo Operativo Aeropuerto El Dorado, en el que manifestó que *“luego cuando regresé a la sala de conteo junto con el perito FABIAN AYERBE, quien fue solicitado por los funcionarios de la DIAN, aproximadamente 30 minutos después ...”* y, posteriormente, en la declaración rendida bajo gravedad de juramento el día 26 de marzo de 2016, señaló que *“... mientras llegaba el perito Salí de la sala de conteos, regresé a la sala de conteo nuevamente y con el Funcionario Erich y el Perito...”*.

Indicó que la declarante modificó lo expuesto y contenido en el oficio, aspecto impide que no pueda ser valorado como medio de prueba al momento de verificar la responsabilidad disciplinaria del actor, en tanto que varió las circunstancias de tiempo y lugar.

Aludió que, conforme al informe rendido al mayor Garzón, la patrullera afirmó que el funcionario de la DIAN embolsó 9 piedras con sello de seguridad; sin embargo, en ampliación de la declaración rendida de manera virtual el día 22 de noviembre de 2016, la Patrullera aunque inicialmente lo confirmó, ante la insistencia y al verificar el video, precisó no tener conocimiento de quien las embolsó.

Sostuvo que se presumió que el viajero introdujo varias piedras en su bolsillo, a pesar de que en la transcripción de los videos efectuada por el funcionario Cesar Melo, como en la ampliación de declaración juramentada rendida por la patrullera, se señala que "*al parecer*" y, por ende, no es clara la situación, lo que impide tener certeza sobre dicho aspecto.

En ese sentido, consideró que la UAE -ITRC conculcó lo preceptuado en los artículos 128, 141 y 142 de la Ley 734 de 2002, por cuanto: i) valoró pruebas ajenas al proceso, como se expuso al tocar el tema de las funciones del disciplinado, las cuales no se analizaron correctamente; ii) las mismas no fueron valoradas conjuntamente de acuerdo con las reglas de la sana crítica y iii) no hay prueba que aporte la certeza necesaria para proferir fallo sancionatorio, pues no se acreditó que el investigado fue quien elaboró el formato de registro de inventario por la cantidad de 9 piedras y que haya sido quien destruyó el embalaje previamente realizado.

Adujo que en el expediente reposa un documento en cuyo encabezado figuran los nombres tanto del funcionario como del viajero, pero no se puede inferir que: i) hubiese sido elaborado por el investigado, pues respecto del mismo no se adelantó ningún tipo de prueba, ni siquiera grafológica para determinar su productor; ii) contrario a lo aseverado por el investigador disciplinario, no está firmado por el actor y iii) no está demostrado que la rúbrica corresponda con la del viajero Rodríguez Acero.

Precisó que la baja calidad de las cámaras ubicadas en la División de Gestión Control Viajeros, impide ver con claridad los documentos que en cada momento del procedimiento fueron elaborados e inclusive desechados, tanto por el investigado como por los demás funcionarios que el día de los hechos se encontraban prestando sus servicios.

Refirió que, si bien era de responsabilidad del investigado la elaboración de los documentos relativos al proceso, ello no es óbice para que su superior, como efectivamente ocurrió y otro compañero, le prestaran la debida colaboración y apoyo. Adicionalmente, si bien dicha Acta aparece firmada por el investigado, no implica que sea su autor o que haya incurrido en los hechos investigados, dado que quien apenas firma no está realizando una manifestación contraria a la realidad por sí mismo o con su autorización.

Indicó que ante la contradicción de la patrullera, no era dable valorar su declaración o el oficio referido precedentemente como medio de prueba, para sustentar la responsabilidad disciplinaria y, en consecuencia, constituye un defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica y una omisión para identificar la veracidad de los hechos que fueron objeto de análisis por la autoridad administrativa disciplinaria.

Aludió que no se tiene certeza si la mercancía estuvo sola y pudo haber sido objeto de manipulación por terceros diferentes al demandante y dada la debilidad probatoria, era procedente aplicar el principio de duda en favor del investigado, más aún cuando el artículo 9º del Código Disciplinario Único consagra la presunción de inocencia, en total acuerdo con la garantía constitucional.

Señaló que para configurar la responsabilidad disciplinaria por una falta a título de dolo, es indispensable que se pruebe sin lugar a dudas que el disciplinado de forma volitiva violentó el ordenamiento jurídico o quiso causar el daño y, por ello, se debe demostrar la intención, pues de lo contrario, no puede existir culpabilidad y, por ende, tampoco sanción.

III. CONTESTACIÓN

3.1 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante escrito del 15 de noviembre de 2018, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso las siguientes razones de defensa:

Señaló que la ITRC es competente para adelantar los procesos disciplinarios en contra de los funcionarios vinculados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, función que cumple directamente sin la injerencia del Ministerio de Hacienda.

Adujo que los actos administrativos demandados se presumen legales, expeditos y válidos hasta tanto no sean desvirtuados en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, soportado en los hechos que acrediten irregularidades, omisiones, desviación de poder, falsa motivación, falta de competencia y el correlativo perjuicio, aspectos fácticos que no se encuentran planteados en la demanda e impiden cualquier restablecimiento del derecho.

De otra parte, propuso las siguientes excepciones:

3.1.1 “Falta de competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente a las pretensiones formuladas y falta de agotamiento de la vía gubernativa frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público”:

Las cuales se declararon no probadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 16 de julio de 2019, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, en providencia del 13 de marzo de 2020.

3.1.2 “Falta de representación – el Ministerio de Hacienda no representa a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”:

Sostuvo que la cartera ministerial no representa a la DIAN, toda vez que solamente interviene como representante de la Nación, en los asuntos no asignados a otro órgano.

3.2 Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC

El apoderado de la ITRC, a través de escrito del 12 de diciembre de 2018, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso las siguientes razones de defensa:

Sostuvo que dentro de la investigación disciplinaria se encontró demostrado que el demandante para la época de los hechos era funcionario de la DIAN de la Seccional Bogotá, aspecto que se corroboró con una inspección administrativa, estableciéndose que el investigado ostentaba el cargo de Analista V – Código 205 – Grado 05, ubicado en la División de Viajeros, tal como se desprende de la Resolución No. 259 del 17 de marzo de 2014 y en la Comunicación de funciones del 13 de agosto de la misma anualidad, en la cual se detallan sus actividades dentro de la dependencia.

Afirmó que la parte demandante pretende generar un manto de duda sobre la declaración rendida por la Patrullera Mónica Cuatapí, quien es la testigo que mayor relevancia tiene sobre los hechos acontecidos, en razón a que fue la persona que presenció de manera directa los mismos y otorga con detalle los aspectos y comportamientos del demandante, frente a la forma en que pretendió violar el régimen aduanero al no proceder con la inmediata aprehensión de la mercancía no declarada por el viajero, quien precisó:

- Que para el día de los hechos se encontraba prestando su servicio policial en el aeropuerto el Dorado de Bogotá, asignada al escuadrón de la POLFA y que su función consistía en perfilar viajeros para eventual verificación por los funcionarios de la DIAN, realizar registros corporales y entrevistas a los mismos.
- Que en la sala de conteos se condujo al señor Melquicidec Rodríguez Acero, quien provenía de un viaje de Panamá y al cual en el bolsillo de la camisa se le encontraron 70 piedras de color verde, las cuales fueron contadas y pesadas en su presencia por el demandante.

- Que procedió a tomar registro fotográfico de las mismas con su teléfono celular, para lo cual aportó la respectiva fotografía y procedió a llamar al perito para determinar la clase de piedras y su avalúo.
- Que mientras se hacía presente el perito, salió de la sala de conteos y al regresar encontró que el perito estaba realizando el peritaje sobre 9 piedras que eran esmeraldas.
- Que al ver que había solo 9 piedras, le indagó al actor, la razón por la cual no le hacían el peritaje a las 70 piedras, sin obtener respuesta alguna y, por el contrario, observó que el mentado funcionario había realizado un acta de hechos por 9 piedras, lo que la llevó a poner en conocimiento de su jefe la situación, mientras tanto el demandante salió diciendo que se dirigía a la bodega de la DIAN, pero en realidad se fue a las instalaciones de viajeros.
- Que ante la situación anómala, los superiores tanto de la patrullera como del funcionario de la DIAN, procedieron a revisar el video de la sala de conteos en el que se evidenciaba que en dicha sala se encontraban el viajero Melquicidec Rodríguez Acero, la patrullera Mónica Cuatapí y el funcionario Erich Alexei Lenis Molina y éste último en ejercicio de sus funciones, procedió a realizar el conteo de las piedras, las cuales dieron un total de 70 unidades; también se observó que cuando la patrullera salió de la sala, el viajero tomó en sus manos algunas piedras y el actor guardó el restante en una bolsa.
- Que el demandante regresó tres horas después de haberse ausentado de la sala, manifestando que había salido a la parte externa de la zona de viajeros para que la acompañante de viaje del señor Melquicidec Rodríguez Acero, le entregara las 61 piedras faltantes, las cuales depositó en el sobre con las otras 9 piedras y no correspondían a las que inicialmente se habían pesado, por lo que procedió nuevamente a tomar muestra fotográfica e indagar sobre el paradero de las piedras inicialmente registradas, sin obtener respuesta, como tampoco frente al acta de los hechos.

- Que al día siguiente de los hechos, la Capitán de la POLFA Leidy Ortiz, le solicitó a la Jefe de Viajeros que revisara la bolsa de basura de la sala de conteos, encontrándose en dicho lugar un acta destruida, el sobre, el sello de seguridad y las tres bolsas plásticas, procedimiento que fue registrado por la Policía que allí se encontraba y aportada al expediente disciplinario.
- Que en su ampliación de testimonio, ratificó que el demandante fue el funcionario que estuvo en el procedimiento, quien las embolsó en un sobre y elaboró el acta de los hechos y que allí se registró que registraron 9 piedras, cuando el procedimiento, se había efectuado por 70 piedras.

Precisó que el testimonio de la patrullera Mónica Cuatapi, resultó de gran importancia para la investigación disciplinaria, en atención a que permite dar claridad sobre lo acontecido y desvirtúa los argumentos defensivos del actor, puesto que no se basa en suposiciones o comentarios de terceros, ni mucho menos incurre en imprecisiones o vaguedades sustanciales; por el contrario, lo expuesto se encuentra respaldado con otros medios de prueba que permiten soportar la veracidad de la declaración, tales como:

- Un video o filmación extraído de las cámaras de seguridad de la sala de conteo, en el que se observa con claridad que el procedimiento aplicado al viajero Melquicidéc Rodríguez Acero se efectuó sobre unas piedras de color verde que correspondían a 70 unidades y que dicho procedimiento fue realizado por el funcionario de la DIAN Erich Alexei Lenis Molina. Igualmente, denota que, una vez terminado el pesaje, la patrullera salió de la sala y el viajero tomó con sus manos ciertas piedras y el resto fueron guardadas por el demandante para finalizar el procedimiento, que ya era indebido.
- Registros fotográficos realizados por la patrullera, donde se evidencia que las piedras del primer procedimiento no eran las mismas que se habían puesto de presente, aspecto que se corrobora con el testimonio del perito de la DIAN Wilson Fabián Ayerbe, quien indicó que,

efectivamente, prestó sus servicios profesionales en la fecha de los hechos y que su único objetivo era avaluar unas piedras de color verde que terminaron siendo esmeraldas. Aduce que el funcionario de la DIAN le solicitó realizar peritaje sobre 8 o 10 piedras y que al salir de la sala la POLFA lo abordó y le mostró con un registro fotográfico, evidenciando que las piedras no eran las mismas que él había visto antes. Similar declaración otorgó en su ampliación, cuando se le pusieron de presente las fotografías tomadas por la patrullera Mónica Cuatapí, pues con respecto a la primera foto estableció que efectivamente las piedras allí registradas no eran las mismas de la segunda y esa son las que reposan en el Banco Agrario.

- El testimonio de la señora Mery Edilsa Restrepo, Jefe de la División de Viajeros, quien manifestó que la POLFA le puso de presente unas irregularidades presentadas con una piedras de color verde, cuyo procedimiento estaba a cargo del actor y que al requerir al funcionario se percataron de que éste no se encontraba en la división, ausentándose de su puesto por un lapso de 3 horas, sin otorgar una explicación coherente de su ausencia y ratificó que al día siguiente, en la basura de la sala se encontraron documentos oficiales que correspondían al procedimiento efectuado sobre 9 piedras.
- La declaración rendida por la señora María Magdalena Rivera, compañera de viaje del señor Melquicidec Rodríguez Acero, quien señaló que una vez realizaron una serie de trámites aduaneros, debió retirarse en razón a un viaje que tenía, por lo que las afirmaciones del actor que la relacionan como la persona que ingresó a la sala de conteos y tomó las piedras aprehendidas no corresponden a la realidad, pues se había retirado de las oficinas con anterioridad a todo el procedimiento; aspecto que también desvirtúa la afirmación de que la ausencia del funcionario obedeció a que salió en búsqueda de la señora Rivera, lo cual tampoco resultó siendo real.

Indicó que no existían fundamentos para que los operadores disciplinarios procedieran a la aplicación del principio del *in dubio pro disciplinario*, toda vez que los medio de prueba permiten evidenciar una falta a los deberes funcionales que le asistían al señor Erich Alexei Lenis Molina, quien pretendió

crear confusión en los demás funcionarios que conocieron del caso para poder violar el régimen aduanero, a través de la falta gravísima descrita en el numeral 50 del artículo 48 de la ley 734 de 2002.

De otra parte, el apoderado de la entidad demandada propuso como excepción la de **“falta de agotamiento del requisito de procedibilidad”**, la cual se declaró no probada en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 16 de julio de 2019, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, en providencia del 13 de marzo de 2020.

3.3 Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-

El apoderado de la DIAN, por medio de escrito del 13 de diciembre de 2018, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso la excepción de **“falta de legitimación en la causa por pasiva”**, la cual fue resuelta desfavorablemente en la continuación de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 16 de julio de 2019, decisión que, tal como se refirió precedentemente, fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia anteriormente mencionada.

A su vez, promovió la excepción de **“inepta demanda respecto de los actos administrativos de ejecución”**, medio exceptivo que se declaró probado en la audiencia enunciada anteriormente; sin embargo, se aclaró que si bien no había lugar a deprecar en la presente controversia la nulidad de la Resolución No. 010147 del 20 de diciembre de 2017, expedida por la DIAN, por tratarse de un acto de ejecución, lo cierto era que dicha circunstancia no conllevaba su desvinculación del proceso, pues si en gracia de discusión se accediera a las súplicas de la demanda, dicha entidad debía dar cumplimiento a la orden de reintegro del actor.

Igualmente, propuso se declarara **“la nulidad de lo actuado”**, por falta de jurisdicción y competencia, solicitud que fue negada en la etapa de saneamiento de la referida audiencia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1 Parte Demandante

El apoderado de la parte actora, a través de escrito del 5 de abril de 2021, allegado vía correo electrónico el mismo día, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, con base en lo expuesto en el acápite de fundamentos de derecho del libelo.

Manifestó que la UAE ITRC, no realizó un estudio crítico del testimonio de la Patrullera Mónica Cuatapi, respecto a los diferentes aspectos que lo conforman, como la capacidad de recordar, las condiciones bajo las cuales se rinde determinada versión, etc., en el entendido en que se debe realizar un arduo estudio de los agentes que tuvieron influencia en el momento de conocer el suceso objeto del proceso.

Adujo que la testigo presentó ciertas inconsistencias en su relato sobre los hechos materia de investigación, las cuales generarían duda sobre su credibilidad y seriedad, por consiguiente, sería incorrecto permitir que se entienda como probado un hecho, cuando se ha incurrido en contradicciones de carácter sustancial.

Afirmó que el principio de “*no contradicción*” y los parámetros establecidos por la sana crítica, contribuyen a la valoración de la credibilidad que debe tener la declaración rendida a título de testimonio, de manera que se hace indispensable que el juez o funcionario judicial competente, no realice un análisis positivo cuando existan afirmaciones sobre aspectos relevantes que se contradigan entre sí, puesto que es primordial la claridad y exactitud de lo que se esté narrando.

Precisó que de los medios probatorios recaudados en el proceso disciplinario, no existe certeza del momento en que ingresó el actor a la sala de conteos, esto es, si con la patrullera Cuatapi y el Perito Ayerbe o con antelación a su arribo, como tampoco frente a quién efectuó las labores de embalaje de las piedras preciosas y, menos aún, la persona que lo destruyó, circunstancias que impedían que se emitiera fallo de responsabilidad disciplinaria en contra

de su representado, evidenciándose que los actos administrativo enjuiciados adolecen de falsa motivación y vulneración del debido proceso, por inconsistencias en la valoración probatoria.

4.2 Partes Demandadas

4.2.1 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante escrito allegado el 26 de marzo del año en curso, vía correo electrónico, solicitó que se nieguen las pretensiones, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda; no obstante, en el caso de accederse a las súplicas de la demanda, deprecó que se tenga en cuenta que la cartera ministerial no es la llamada a reintegrar al demandante y que la condena económica se debería realizar con cargo a los recursos del ITRC, por tener autonomía patrimonial y presupuestal, conforme al principio de especialización, como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia proferida 14 de mayo de 2019, dentro del expediente No. 47001-23-33-001-2015-00226-01 y lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto 359 de 1995, modificado por el Decreto 4689 de 2005.

Sostuvo que el demandante no acreditó la existencia de un verdadero defecto en la valoración probatoria que amerite la ilegalidad de los actos acusados; además, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es completamente ajeno a la relación administrativa, laboral o contractual que pudo existir entre el demandante, el ITRC o la DIAN.

Manifestó que, si bien el ITRC se encuentra adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ello no implica que sea un garante de las obligaciones de aquel y menos aún que deba verificar el adecuado cumplimiento de sus funciones; por el contrario, la relación de adscripción únicamente implica la obligación de orientación y coordinación con las políticas gubernamentales, respetando en todo caso la autonomía decisoria que la ley le confiere a las demás entidades en el ejercicio de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus funciones legales, tal y como lo establecen los artículos

42 y 105 de la Ley 489 de 1998 y lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-727 de 2000.

Adujo que en el caso de una eventual condena no podría exigirse al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el pago de ninguna erogación, en virtud del principio de especialización presupuestal, conforme al cual las apropiaciones de cada órgano de la administración deben corresponder exclusivamente a su objeto y funciones, de tal suerte que solo pueden ejecutarse conforme al fin para el cual fueron programadas y en relación con las condenas judiciales este principio se manifiesta con mayor claridad en el parágrafo del artículo 37 del Decreto 359 de 1995, modificado por el Decreto 4689 de 2005.

4.2.2 Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC-

La apoderada de la ITRC, mediante escrito del 2 de abril de 2021, allegado vía correo electrónico el 5 del mismo mes y año, solicitó que se nieguen las pretensiones solicitadas por el apoderado del actor, toda vez no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos atacados y, en consecuencia, la sanción disciplinaria que le fue impuesta es legal y se encuentra ajustada a derecho.

Señaló que se ratifica en todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, los cuales solicita sean tenidos en cuenta al momento de proferir sentencia y anotó que analizado el expediente disciplinario 1704-01-2014-214, se advierte que los medios probatorios aportados por la defensa no lograron justificar la conducta que desplegó el actor, como tampoco que actuara bajo alguna causal excluyente de responsabilidad.

Afirmo que del acervo probatorio recaudado en el proceso administrativo disciplinario, se evidencia el vínculo funcional del actor en los hechos del 27 de agosto de 2014, quien ostentaba el cargo de Analista V - Código 205 - Grado 05 ubicado en la División Gestión Control Viajeros, desvirtuándose el argumento presentado por la parte actora, pues el operador de primera instancia si valoró debidamente las funciones y actividades del sancionado.

Precisó que de las pruebas testimoniales, de los registros fotográficos y videos de la sala de conteo, se establece la responsabilidad del sancionado, sobre los hechos y cargos que se le endilgaron, puesto que se constató que, en efecto, se presentaron irregularidades en el procedimiento de conteo, embalaje y aprehensión de unas piedras que correspondieron a esmeraldas, razón por la cual, reitera que no existen fundamentos para que los operadores disciplinarios de la Agencia ITRC procedieran a dar aplicación del principio del *in dubio pro disciplinado*, pues por el contrario, los elementos de prueba determinan la existencia del hecho, el comportamiento contrario a la legislación y la responsabilidad del sancionado.

4.2.3 Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

El apoderado de la DIAN, por medio de escrito allegado vía correo electrónico el 7 de abril del año en curso, solicitó desestimar las súplicas de la demanda, por no asistirle razón a la parte demandante, insistiendo en las excepciones formuladas en la contestación del libelo.

Afirmo que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no intervino en el proceso disciplinario, dentro del cual se emitieron los fallos que impusieron la sanción disciplinaria de destitución al actor.

Precisó que la actuación de la DIAN consistió únicamente en expedir el acto de ejecución, mediante el cual se impartió cumplimiento a las sentencias disciplinarias de primera y segunda instancia emitidas por la UAE-ITRC, que ordenaron la destitución del demandante, siendo ajena a la investigación y la forma como se realizó el procedimiento disciplinario del cual se queja el demandante y fundamenta la nulidad de los actos administrativos demandados.

4.3. Agente del Ministerio Público

La Procuradora 86 Judicial I para Asuntos Administrativos, a través de escrito del 7 de abril de 2021, allegado vía correo electrónico, el mismo día,

sostuvo que no le asisten razones de hecho ni derecho a la parte demandante para reclamar la nulidad de los actos administrativos acusados, por cuanto analizaron la calidad del disciplinado, las funciones asignadas, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos, las pruebas documentales, testimoniales y material filmico, así como el tipo disciplinario y la antijuridicidad, siendo suficientes para respaldar la decisión objeto de control de legalidad.

Manifestó que el procedimiento establecido en la Ley 734 de 2002, se cumplió, existiendo plena coherencia y congruencia entre el pliego de cargos formulado y el análisis sobre la conducta del investigado realizada en los actos administrativos demandados.

Adujo que del material probatorio se evidencia que el demandante en su condición de funcionario de la UAE DIAN, desconoció el reglamento aduanero, pues aunque manifestó conocer el procedimiento que debía llevar a cabo, voluntariamente decidió no hacerlo, permitiendo la manipulación de objetos que debían ser custodiados y desplegando una serie de actuaciones que quedaron demostradas no solo con los documentos y testimonios, sino que fueron confirmadas con el registro filmico respectivo.

Señaló que el actor conocía en detalle las actividades que debía realizar el día de los hechos, tal como lo manifestó en la versión libre que rindió al señalar:

“(...) de acuerdo con la norma (Decreto 2685 de 1999) tiene los siguientes pasos (i) se hace una inmovilización con fines de verificación para establecer si procede o no una aprehensión o un cambio de modalidad, en el evento que el viajero tenga soportes para el ingreso de esa mercancía (ii) si procede la aprehensión, se inmoviliza la mercancía, se realiza un inventario, después de eso la mercancía se embala y se le coloca sello de seguridad que es firmado por el viajero, el cual tiene un numero consecutivo(...)”.

Precisó que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 265 de 1999, vigente para la época de los hechos, la autoridad aduanera estaba representada por el actor, quien fue el que realizó el procedimiento y, por lo tanto, era el responsable de la custodia y vigilancia de los bienes, en este caso, de las

pedras preciosas que debían resguardarse, es decir de realizar el control aduanero.

Refirió que no existió vulneración al debido proceso, dado que el demandante contó con todas las garantías y oportunidades procesales para ejercer el derecho a la defensa, entre ellos, la designación de un abogado de confianza; además, presentó versión libre, aportó pruebas y le fueron notificadas las actuaciones para que las pudiese controvertir.

Indicó que la autoridad disciplinaria para el presente caso la UAE Agencia ITCR, recaudó, analizó y valoró todas las pruebas allegadas a la investigación disciplinaria, de manera previa a la emisión de la decisión condenatoria, teniendo la convicción y la certeza que, efectivamente, el servidor público incurrió en la conducta, al haberse desvirtuado la presunción de inocencia.

Aludió que los principios rectores del derecho disciplinario fueron observados y aplicados por el operador disciplinario; además, los actos administrativos fueron debidamente motivados, incorporando las razones de hecho y de derecho que dieron lugar a la decisión, garantizando el debido proceso y permitiéndole al disciplinado, ejercer el derecho a la defensa y, en consecuencia, no presentan una falsa motivación.

V. CONSIDERACIONES.

5.1 Pronunciamiento sobre las excepciones.

Frente a la excepción de “**falta de representación – el Ministerio de Hacienda no representa a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**” propuesta por dicha cartera ministerial, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero en ninguna manera impide resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

5.2. Hechos probados y acervo probatorio.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.3. Del proceso disciplinario.

5.3.1.1. Medios magnéticos contentivos del proceso disciplinario No. 1704-01-2014-214 adelantado en contra del actor, actuaciones entre las que se encuentra, auto de apertura de indagación preliminar, testimonios, diligencia de versión libre, decreto de pruebas, grabaciones, auto de apertura investigación disciplinaria, inspecciones administrativas, registros filmicos y fotográficos.

5.3.1.2. Resolución No. 17317-00019 del 21 de julio de 2017, mediante la cual el doctor Jorge Adriano Moreno Ponce, Subdirector Técnico de Agencia Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, declaró disciplinariamente responsable al señor Erich Alexei Lenis Molina, por la conducta consignada como cargo en el Auto No. 17406-00022 del 20 de septiembre de 2016, actuar constitutivo de falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el numeral 50 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y, en consecuencia, le impuso sanción consiste en destitución e inhabilidad general de 10 años, para ejercer funciones públicas.

5.3.1.3. Fallo No. 16 del 30 de octubre de 2017, por medio del cual la doctora Marcela Moncada Barrera, Directora General (E) de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, rechazó la apelación presentada por la defensa del disciplinado y confirmó la resolución sancionatoria proferida el 21 de julio de 2017.

5.3.1.4. Resolución No. 010147 del 20 de diciembre de 2017, a través de la cual el doctor Santiago Rojas Arroyo, Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, - DIAN-hizo efectiva la sanción de destitución e inhabilidad impuesta al actor.

5.3.2. Otras documentales.

5.3.2.1. Expediente administrativo del actor, contentivo de los actos

administrativos de nombramiento, disfrute de vacaciones, ubicación laboral, reconocimiento de cesantías, comisiones, licencias de paternidad, por luto y enfermedad, hoja de vida, copia de la cédula de ciudadanía y libreta militar, certificaciones de funciones, permisos sindicales, incapacidades, actas de entrega y resoluciones por las cuales se hizo efectiva una sanción disciplinaria, se reconoció acreencias laborales y retroactividad de las mismas.

5.4. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la continuación de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 16 de marzo de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la Resolución No. 17317-00019 del 21 de julio de 2017, expedida por el Subdirector Técnico de Agencia Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, por medio de la cual se declaró la responsabilidad disciplinaria del señor Erich Alexei Lenis Molina, consistente en destitución e inhabilidad de 10 años para ejercer funciones públicas y el fallo No. 16 del 30 de octubre de la misma anualidad, proferido por la Directora General (E) de la ITRC, por el cual se resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión, adolecen del vicio de nulidad de falsa motivación, por haberse omitido una adecuada valoración probatoria, en el proceso disciplinario adelantado en contra del actor.

Para ello, el Despacho analizará las censuras expuestas por la parte demandante en el acápite de “*FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN*”, tendientes a demostrar una indebida valoración probatoria, que se aduce existió, respecto a las funciones que tenía a su cargo el actor, las contradicciones en la declaración de la Patrullera Mónica Cuatapi, la baja calidad de las grabaciones y la autoría del formato de registro de inventario.

5.4.1 Normatividad aplicable en materia de pruebas en el régimen disciplinario

El artículo 128 de la Ley 734 de 2002 “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, señala:

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

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

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

Sobre los medios probatorios que se deben decretar con el objeto de establecer la responsabilidad del investigado disciplinariamente, el artículo 130 *ejusdem*, dispone:

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

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

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

Y en relación con la forma como se analizan, las pruebas recaudadas, el artículo 141, indica:

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

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

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

5.4.2. Caso concreto

Verificado por el Despacho el acervo probatorio recaudado en el proceso disciplinario No. 1704-01-2014-214, es dable concluir que los sentenciadores de primera y segunda instancia no omitieron evaluar ninguna prueba que incidiera de manera determinante en su decisión, lo que conllevó a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del señor Erich Alexei Lenis Molina, respecto del incumplimiento de su deber.

En efecto, en primer lugar, se incorporó al proceso disciplinario el Oficio No. S-2014-000533-SUBOP-AEROP-29 del 29 de agosto de 2014, por medio del cual la Patrullera Mónica Cristina Cuatapí Maya, Integrante de Escuadra Grupo Operativo Aeropuerto El Dorado, rindió el Informe de Novedad Zona de Viajeros al Mayor Germán Andrés Garzón Cuartas, frente a los hechos suscitados el 27 de agosto de dicho año, a las 16:10 horas aproximadamente, en el cual señaló:

- Que ingresó a la sala de conteos de la DIAN al viajero para realizarle el conteo de divisas y revisión de maletas, realizando un registro corporal *“encontrando en un bolsillo de su camisa una bolsa plástica transparente donde traía unas piedras de color verde similares a las esmeraldas (70) unidades...”*; igualmente, refirió que traía una suma de dinero que fue contada por el funcionario de la DIAN, esto es, el señor Erich Alexei Lenis Molina, dinero que fue devuelto dado que no superaba el monto permitido y, afirma, que se retiró de la sala para realizar otra labor, dado que el procedimiento lo continuaría el referido funcionario.
- Que ***“Luego cuando regresé a la sala de conteo junto con el perito FABIAN AYERBE, quien fue solicitado por los funcionarios DIAN aproximadamente 30 minutos después, el***

funcionario DIAN LENIS hace entrega de 9 piedras para ser examinadas por el Perito, el funcionario DIAN manifiesta que las restantes piedras se encuentran en la bodega de la DIAN, el perito afirma que están 9 piezas son esmeraldas, el funcionario DIAN embala las 9 piedras con sello de seguridad DIAN y procede a realizar el acta de aprehensión..." (negrilla del Despacho).

- Que se autorizó el ingreso a las salas de videos para tener conocimiento de los hechos y relata los sucesos que observó en la sala de conteo, desde las 16:10 horas hasta las 16:41 horas.
- Que el disciplinado regresó a las instalaciones de la DIAN, manifestando que una persona lo abordó en la parte exterior del aeropuerto afirmando que era la compañera del viajero, quien le entregó un paquete con las presuntas esmeraldas que habían sido extraviadas durante el proceso, sin manifestar hora ni ubicación y cuando procedió a realizar el conteo evidenció que no correspondían a las que inicialmente contó, teniendo como soporte el registro fotográfico que había realizado, además venían en varias bolsas plásticas pequeñas; sin embargo, el funcionario se opuso a que fueran pesadas, las embaló con las otras 9 piezas y realiza un acta manual que contiene varios errores y es firmada por la señora Luz Adriana Vélez, Supervisora de turno y que una vez se le preguntó respecto del inventario que inicialmente suscribió, el sobre y el sello, este señaló que desconocía su destino.
- Que al día siguiente la Capitán Leidy Magally Ortiz Puentes en reunión con la Jefe de la División de Viajeros solicitó revisar las bolsas de basura para verificar que allí eventualmente estuviese el sobre, el sello e inventario, procedimiento que se llevó a cabo en presencia de la doctora Mery Eydelisa Restrepo Núñez y donde se encontraron partes del documento que fueron unidas con cinta, evidenciándose la cantidad y descripción de las 9 piedras, el nombre del funcionario, la firma del viajero, el sobre con el sello roto y tres bolsas plásticas pequeñas en las que el señor Lenis allegó las últimas

piedras, efecto para el cual, se realizaron tomas filmicas, fotográficas y copias de los elementos hallados.

Igualmente, obran los formatos de registro de inventario del 27 de agosto de 2014, en los que se señaló la inmovilización de:

- *“PIEDRAS DE COLOR VERDE DIFERENTE TAMAÑO Y COLOR 70 UNIDADES SELLO DE SEGURIDAD 010897”* – NOMBRE DEL TITULAR DE LA UNIDAD INVENTARIADA RODRIGUEZ ACERO MELQUICIDEC.

- *“PIEDRAS DE DIFERENTE TAMAÑO Y DIFERENTE COLOR TONALIDAD VERDE CANTIDAD NUEVE (9)”* – NOMBRE DEL TITULAR DE LA UNIDAD INVENTARIADA RODRIGUEZ ACERO MELQUICIDEC.

Así mismo, se aportaron los registros fotográficos del primer y segundo conteo de las referidas piedras y de los elementos encontrados en la basura.

Ahora bien, de la lectura del Auto No. 17403 00239 del 24 de septiembre de 2014, se desprende que los hechos que dieron objeto a la indagación preliminar se generaron el 27 de agosto de dicha anualidad, en la División de Gestión de Control Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, como consecuencia del ingreso al territorio nacional del viajero Melquicidec Rodríguez Acero, procedente de la ciudad de Panamá, en compañía de la señora María Magdalena Rivero Rúa, dado que al realizar el procedimiento de verificación de equipaje y conteo de divisas, se le encontró un total de 70 piedras de color verde y, al parecer, en un momento de descuido, la viajera ingresó irregularmente a la sala de conteo tomando algunas piedras y, posteriormente, salió precipitadamente, dejando otras que fueron embaladas en un sobre de manila sin sello de seguridad, razón por la cual, el servidor público Erich Alexei Lenis Molina, procedió a localizar a la señora Rivero Rúa, quien al ser interceptada en el aeropuerto se negó a regresar al lugar y, acto seguido, le entregó las piedras que había tomado sin permiso.

Luego, mediante Auto No. 17404 00104 del 20 de noviembre de 2014, se dio apertura a la investigación disciplinaria en contra del ahora demandante y de su supervisora, esto es, la señora Luz Adriana Vélez Méndez, al considerar que se pudieron ver involucrados en los eventos llevados a cabo el 27 de agosto de 2014 y se decretaron medios probatorios.

En virtud de lo anterior, el 26 de marzo de 2015, en las instalaciones del Despacho de la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC rindió testimonio la Patrullera Mónica Cristina Cuatapí Maya, quien frente a la novedad presentada el 27 de agosto de 2014, señaló:

*“... en la sala de conteos se verificó a un viajero procedente de Panamá, se le realizó el registro corporal y en el bolsillo de la camisa se le encontró una bolsa, se le pidió que la sacara de su bolsillo y se colocó sobre la mesa para realizar la verificación, se le pidió que todo lo que llevara consigo lo colocara sobre la mesa donde se realizan los conteos, el funcionario de la DIAN Erich Lenis realizó el conteo de divisas, el monto del dinero no superaba el cupo establecido y por lo tanto se le devolvió el dinero al viajero, luego se tomó la bolsa plástica transparente donde venían las piedras de color verde y se procedió a contar las piedras, las contó el funcionario y también las contó el viajero y se dio un total de setenta (70) piedras, luego se trajo la balanza o gramera para pesarlas y de eso yo realice registros fotográficos de las piedras y del peso, luego de que se contaron las piedras llamaron al perito para que determinara que tipo de piedras eran las que llevaba el señor, **mientras llegaba el perito salí de la sala de conteos porque en la parte exterior habían otros procedimientos de conteo de divisas, estuve en apoyo de esos procedimientos aproximadamente media hora cuando llegó el perito, ingrese a la sala de conteo nuevamente y con el funcionario Erich y el perito** y ya únicamente estaban nueve (9) piedras, a esas nueve (9) piedras se les hizo el peritaje y el perito determinó que eran esmeraldas, le pregunte al funcionario Erich donde están las demás piedras y dijo que estaban en la bodega entonces le pregunte porque no le hacían el peritaje a las setenta (70) piedras sino solamente a nueve (9) piedras, pero él no me contestó, también en ese momento él tenía un acta de hechos que ya había diligenciando en parte por las nueve (9) piedras (...)”.* (Negrita fuera del texto)

A su vez, respecto a los videos, relató:

“... nos dejó ver el video donde se evidencia que el funcionario Erich cuenta las piedras para un total 70 y también las cuenta nuevamente el viajero para un total de 70 piedras, momento en el que yo estaba presente, luego de eso yo salí de la sala de conteo y en el video se evidencia que el viajero al parecer toma algunas de las piedras en sus manos y el funcionario Erich guarda las restantes en una bolsa. Unos minutos después, tal vez uno o dos minutos, el funcionario sale de la sala de conteo pero regresa al minuto

siguiente con una hoja y un sobre de manila para embalarlas, y luego entra el perito y sale el viajero, y posteriormente entre yo. Cuando entre estaba el perito y el funcionario Erich solamente con nueve piedras y tenía el acta de hechos solamente por las nueve piedras. Cuando terminamos de ver los videos aproximadamente habían pasado tres horas desde que el funcionario Erich había salido de las instalaciones... cuando llegó traía unas piedras verdes, rápidamente las embolsó en un sobre para ponerles sello, yo le dije que me las dejara ver para volverlas a contar, entonces sacó las piedras y se evidenció que no eran las mismas que estaban inicialmente en el primer conteo y también hice un registro fotográfico, estas piedras venían empacadas en varias bolsas plásticas transparentes, como las de empacar joyitas, entonces las coloqué rápidamente en el sobre de manila por lo que le pedí que las contara nuevamente, las sacó del sobre las puso sobre la mesa y las pude ver bien, le manifesté que esas no eran las mismas piedras iniciales y me pidió el favor que no le informara esa situación a mi jefe Intendente Jefe Hernández, quien estaba en la parte de afuera de la sala de conteos. En todo este procedimiento en el que se da el segundo conteo estaban presentes la señora Luz Adriana Vélez, el patrullero Ronnie Maigual, el funcionario Erich y yo, le pedí que las pesara pero dijo que no. También recuerdo que cuando él llegó a las 8 de la noche manifestó que en la parte externa de la zona de control viajeros, la acompañante del viajero que estaba en el procedimiento le entregó las piedras con las que él llegó... Tengo que aclarar que cuando el funcionario Erich llegó a las 8 pm traía consigo 61 piedras que fue las que coloqué en el sobre de manila junto con las 9 piedras de procedimiento inicial. Luego de que él llegó le pregunté por el acta de hechos de las 9 piedras y por el primer sobre de manila y sello de seguridad y contestó que no sabía. Le colocaron el sello de seguridad y se hizo el acta de hechos”.

Y frente a los elementos encontrados en la basura, indicó:

“Al siguiente día en las horas de la mañana mi capitán Leydi Ortiz le pidió a la señora Jefe de control viajeros revisar las bolsas de basura entonces ellas dos y yo junto con el patrullero Cristian Osmio, quien estaba filmando el procedimiento, procedimos a revisar la bolsa de basura de la sala de conteos, donde se encontró el acta rota, se unieron los pedazos con cinta, también se encontró el sobre y el sello de seguridad, y las tres bolsas plásticas donde estaban las segundas piedras, de eso se realizó un video, por parte del patrullero Cristian Osorio, secretario del grupo, lo cual se anexó al informe...”.

Posteriormente, en la ampliación de testimonio llevada a cabo el 22 de noviembre de 2016, la Patrullera reiteró lo expuesto frente a las grabaciones y los elementos encontrados en la basura; así mismo señaló, que lo que se puede observar en los videos no le consta, porque no estaba en la sala de conteo.

Como puede verse, la Patrullera Mónica Cristina Cuatapí Maya, fue testigo directa de los hechos ocurridos el 27 de agosto de 2014, en la División de Gestión Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, ubicada en el Aeropuerto Internacional El Dorado y pese a que el apoderado del actor afirma que los falladores del proceso disciplinario valoraron inadecuadamente su testimonio, en la medida que, en su sentir, difiere de lo expuesto en el informe que rindió, a través del Oficio No. S-2014-000533-SUBOP-AEROP-29 del 29 de agosto de 2014, para esta Juzgadora no se evidencian contradicciones o inconsistencias en la versión que brindó, la cual, valga la pena advertir, al inicio de la audiencia se le hizo saber las consecuencias que les acarrea el falso testimonio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 442 del Código Penal.

En ese sentido, en momento alguno se puede deducir que la Patrullera modificó la versión que primigeniamente efectuó sobre los hechos que fueron objeto de investigación y posterior sanción disciplinaria, por el hecho de señalar que *“mientras llegaba el perito salí de la sala de conteos porque en la parte exterior habían otros procedimientos de conteo de divisas, estuve en apoyo de esos procedimientos aproximadamente media hora **cuando llegó el perito, ingrese a la sala de conteo nuevamente y con el funcionario Erich y el perito** y ya únicamente estaban nueve (9) piedras, a esas nueve (9) piedras se les hizo el peritaje”* -negrita del Despacho-, pues para el Despacho esta aseveración en nada contradice lo afirmado en el citado oficio, esto es, que *“**cuando regresé a la sala de conteo junto con el perito FABIAN AYERBE**, quien fue solicitado por los funcionarios DIAN aproximadamente 30 minutos después, el funcionario DIAN LENIS hace entrega de 9 piedras para ser examinadas por el Perito”* – resaltado fuera del texto-, como pretende hacerlo ver el apoderado del actor.

Sobre las aparentes contradicciones en las que incurrió la mencionada patrullera Cuatapí Maya, el fallador de segunda instancia, fue claro en señalar: *“Para desvirtuar los argumentos anteriores el abogado defensor esbozó diferentes contradicciones del testimonio de la patrullera de la Policía Fiscal y Aduanera (POLFA) MÓNICA CUATAPI que permiten no tener claridad sobre si ingresó en compañía del perito a la Sala de Conteo, sobre la persona que colocó el sello de seguridad a las mercancías embaladas y sobre el*

desplazamiento del funcionario a las bodegas en el momento en que abandonó la Sala. No obstante, las mismas tampoco cuentan con la trascendencia para que no sea un testigo digno de credibilidad (como lo pretende hacer ver la defensa), pues fue consecuente, responsiva y guardó coherencia en los aspectos básicos de los hechos.”

En este sentido, en criterio de esta Juzgadora, las versiones rendidas por la deponente no resultan parcializadas ni afecta su credibilidad, pues su relato obedece a los sucesos que le constaban por las labores que ejecutaba el 27 de agosto de 2014, en la División de Gestión Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, ubicada en el Aeropuerto Internacional El Dorado, quien conoció de forma directa lo sucedido, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas; amén, que sus afirmaciones se encuentran respaldadas en los demás medios probatorios incorporados en el proceso disciplinario, como lo fueron los registros filmicos y los formatos de registro de inventario.

En efecto, las declaraciones de la susodicha patrullera fueron contrastadas con el material filmico aportado al proceso, y es así como en la sentencia de primera instancia, se señaló:

“Como prueba testimonial directa de lo sucedido en dicha actuación aduanera, obra en el plenario la declaración de la patrullera MÓNICA CUATAPI, quien manifestó que el funcionario de la DIAN ERICH LENIS dentro del procedimiento adelantado solicitó al perito de la entidad, el señor WILSON FABIAN AYERBE JARA revisara las piedras encontradas al viajero a fin de verificar de que tipo se trataba; aclarando que previo a eso, ella tuvo que ausentarse de la sala de conteos por el lapso de media hora para continuar con los demás procedimientos que se adelantaban en la División, y a su regreso, cuando ya se encontraba el perito en la sala, se percató que sólo estaban nueve (9) de las setenta (70) piedras encontradas al viajero, así como también se había suscrito el formato de inventario por nueve (9) piedras únicamente.

Situación que ella puso en conocimiento de su superior, el Intendente JOSÉ ARGEMIRO HERNÁNDEZ SÁENZ, al no encontrar una respuesta satisfactoria por parte del funcionario de la DIAN, sobre la razón por la cual no se había hecho el peritaje a la totalidad de la mercancía encontrada, es decir, a las setenta (70) piedras; adicional al hecho de que el funcionario LENIS MOLINA, al presentarse lo sucedido se ausentó de las instalaciones de la División Viajeros por tres horas aproximadamente, tiempo en el cual ella junto con el Intendente HERNÁNDEZ y la supervisora del turno LUZ ADRIANA VÉLEZ, pudieron revisar las grabaciones de la

cámara ubicada en la sala de conteos, pudiendo constatar que estando ella estaba presente, el funcionario investigado y el viajero contaron las piedras encontradas para un total de setenta (70) unidades, y que una vez ella se había retirado de la sala, el viajero, al parecer, tomó algunas de las piedras en sus manos y el funcionario ERICH guardó las restantes en una bolsa, las cuales fueron enseñadas posteriormente al perito para efectuar la revisión de las piedras.

Los anteriores hechos fueron corroborados por parte del Despacho a través de la revisión de los registros fílmicos allegados al plenario, donde se logró establecer que efectivamente el funcionario investigado permitió que el viajero manipulara en todo momento la mercancía sobre la cual procedía la inmovilización inmediata, y sin justificación alguna para el normal desarrollo del trámite decidió cambiar de puesto al viajero, quedando él en una posición que le daba la espalda a la cámara ubicada en dicha sala de conteos situación que impidió observar lo que realmente sucedió en adelante y por lo tanto, con la cantidad de piedras que se estaban manipulando.

De la misma forma, en dicho registro fílmico también se puede observar que el funcionario investigado procedió con la suscripción del “Formato de Registro Inventario”, el cual una vez fue diligenciado en su totalidad, se entregó al viajero para que la firmara, con lo cual se daba, en apariencia, por terminado el procedimiento; prueba de ello también lo es, el formato destruido que se encuentra en el plenario bajo cadena de custodia en el Despacho, el cual fue encontrado al día siguiente de los hechos por la Doctora MERY EYDELISA RESTREPO NUÑEZ, Jefe de la División de Gestión Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá para la época de los hechos, como lo indicó en su diligencia de testimonio”

Al respecto, a través de Auto No. 17400-00229 del 26 de abril de 2016, se decretó la inspección administrativa en la División de Gestión de Viajeros de la DIAN, para obtener los antecedentes que obraban de la actuación adelantada como consecuencia del trámite de la aprehensión de la mercancía ingresada por el viajero Melquicidec Rodríguez, la cual se adelantó el 5 de mayo de dicha anualidad, dejando constancia que “... obran: el Acta de Hechos Manual No. 154 suscrita por los funcionarios ERICH ALEXEI LENIS y LUZ ADRIANA VÉLEZ y el viajero RODRÍGUEZ ACERO MELOUCIDEC, y sus anexos tales como Acta de hechos aclaratoria No. 156 suscrita por el funcionario ERICH ALEXEI LENIS, el sello de control de Fiscalización Aduanera No. 010897, el formato de registro inventario de fecha 27 de agosto de 20141 la copia de la declaración presentada por el viajero Melquicidec Rodríguez Acero... junto con la copia de su pasaporte”.

Ahora bien, llama la atención del Despacho que la parte actora aduce que no se acreditó que el hoy demandante fue quien elaboró el formato de registro de inventario, por la cantidad de 9 piedras y que la baja calidad de las cámaras ubicadas en la División de Gestión Control Viajeros impide ver con claridad los documentos que en cada momento del procedimiento fueron elaborados e inclusive desechados, pues en momento alguno los mismos fueron tachados de falso, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 132 de la Ley 734 de 2002, habiendo tenido la oportunidad de controvertir la suscripción de los mismos, por los medios técnicos o científicos correspondientes, como lo dispone el artículo 130 *ejusdem*.

Sobre el particular, en la sentencia de primera instancia, se precisó:

*“En lo referente a la omisión de algunas pruebas determinantes para el esclarecimiento de los hechos como fueron en el Acta de Hechos N° 154 y 156, **las cuales se indicó no fueron elaboradas por el funcionario investigado bajo el argumento que la misma se redactó en tercera persona y con ello se probaba que había sido elaborada por una persona diferente al investigado**, el Despacho debe señalar que no es de recibo tal justificación, pues el simple hecho de redactar un documento en tercera persona no prueba que fue elaborado por alguien diferente a quien lo suscribió, pues ello puede obedecer a técnicas propias de cada persona.*

*Ahora, en caso de que efectivamente tal acta de hechos hubiese sido elaborada por una persona diferente al funcionario investigado, ello no lo excluye de la responsabilidad que la misma derivaba, pues es claro que para el caso bajo análisis era al investigado, por ser el funcionario aprehensor de la mercancía ingresada por el viajero MELQUICIDEC RODRÍGUEZ ACERO, a quien correspondía adelantar todo el procedimiento establecido, Incluyendo la elaboración de los soportes documentales de tal actuación aduanera. **Como fuere, en todo caso se trató de un documento suscrito por el disciplinado en desarrollo de sus funciones, así como por el viajero.***

*Así que el argumento del investigado que no leyó el contenido de tal acta de hechos no es justificación para que en este momento se pretenda señalar que lo plasmado en el mismo no correspondía a la realidad. Además, es claro que el investigado no estaba suscribiendo un documento ajeno a su conocimiento sino por el contrario, se estaban exponiendo las condiciones en que se efectuó el procedimiento realizado. Por lo cual no puede el investigado pretender eludir la responsabilidad de lo allí manifestado **con el vago argumento que no leyó su contenido**” (negrita fuera del texto).*

A su turno la Directora General (E) de la ITRC, en la sentencia de segunda instancia, precisó:

“En el mismo sentido, el defensor citó el fallo de primera instancia cuando estableció que "en dicho registro filmico también se puede observar que el funcionario procedió con la suscripción del <<Formato de Registro de Inventario>>", pero considera el señor abogado que la baja resolución de la cámara solo permite observar que estaban dos funcionarios de la DIAN, uno de ellos el disciplinado, recibe unos documentos para que, al parecer, los firme, pero no se puede comprobar que sea el documento indicado por el fallador. Lo anterior no es de recibo para este instante porque el sistema de libertad probatoria establece que un hecho puede ser probado con distintos medios.

Así las cosas, para esta segunda instancia el video es un indicio que se construye porque el hecho indicador es que recibió los documentos, hecho debidamente probado con el respectivo video y la inferencia lógica es que se trataba del respectivo formato. Adicionalmente, el formato inicialmente diligenciado -por solo 9 de las 70 piedras- fue encontrado en la basura de la Sala de Conteo (en el cuaderno de evidencias obra este documento debidamente sometido a cadena de custodia), así como el sobre de manila, el sello de seguridad y las 3 bolsas plásticas donde estaban las segundas piedras. Estos elementos fueron recolectados por los patrulleros MÓNICA CUATAPI MAYA y CRISTIAN OSORIO”.

Por otra parte, respecto a las funciones que ejercía el demandante para el momento de los hechos que dieron lugar al proceso disciplinario, se aduce que no le asignaron labores propias de la División de Gestión de Viajeros, pues conforme a la Resolución No. 1776 del 16 de noviembre de 2012, se encontraba en la División de Gestión de Control de Carga GIT de Tráfico Postal y Envíos Urgentes de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, cargo en el que se posesionó el 20 de noviembre de 2012 y solamente hasta el 17 de marzo de 2014, esto es, 7 meses después, a través de Resolución No. 259 de dicho año, fue ubicado en la División de Gestión de Control Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

Sobre el particular, es menester señalar que el 30 de abril de 2015, se llevó a cabo la diligencia de diligencia de inspección administrativa, en la Coordinación de Historias Laborales de la DIAN, donde se exhibió la Resolución No. 259 del 17 de marzo de 2014 *“Por la cual se ubica a unos funcionarios”* y en el artículo 4º, se resolvió *“Ubicar en el Despacho de la **División de Gestión Control Viajeros de la Dirección Seccional de***

Aduanas de Bogotá, al Empleado Temporal ERICH ALEXEI LENIS MOLINA...” (negrilla del Juzgado).

Como puede verse, efectivamente, tal como lo afirma el apoderado del actor, para el mes de agosto de 2014, este prestaba sus servicios en el Despacho de la División de Gestión Control Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, en virtud del citado acto administrativo y según lo narrado por la señora Luz Adriana Vélez Méndez, quien fungía como Supervisora del disciplinado, en la declaración que rindió el 27 de marzo de 2015, en el turno se asigna puestos de trabajo, los cuales estaban sujetos a cambios, de acuerdo a las necesidades del servicio y debido a que el 27 de agosto de 2014, en la oficina había mucho trámite, refiere que *“le dije a Erich Lenis que me apoyara”*.

En efecto, el mismo disciplinado en el escrito que presentó el 7 de diciembre de 2016, contentivo de su versión libre, señaló *“Ese día me correspondió laborar en el Tumo B, el cual va de las 14:00 a las 22:00; al iniciar mis labores, la Supervisora de Tumo LUZ ADRIANA VÉLEZ, me asignó como puesto de trabajo apoyo banda conteo 530 y scanner rampa. Estando en mi puesto de trabajo llegó un vuelo procedente de Panamá, por lo que me dispuse a recibir las declaraciones de 530 de los viajeros. Cuando pasó una pareja me dispuse a realizar las preguntas de rutina, detectando que había inconsistencias entre lo dicho por ellos y lo registrado en el formulario. Por ello los perfilé tomando sus pasaportes y sus declaraciones llevándolos conmigo a la oficina para que se les hiciera una verificación de su equipaje y el dinero que llevaban con ellos. Como era cambio de turno, no habían asignado ningún funcionario para que hiciera el conteo, por lo que la supervisora de turno **me pidió el favor que yo hiciera la verificación porque yo era el que los había perfilado”**.*

En ese sentido, resulta completamente irrelevante alegar que entre las funciones asignadas al demandante no estuvieran las encaminadas a efectuar el control de ingreso de los viajeros que hicieran su arribo, pues lo cierto es que el mismo actor admite haber efectuado dicha labor en apoyo y por solicitud de su jefe inmediato, amén, que tal como se plasmó en el fallo de primera instancia, *“se logró demostrar que el señor ERICH ALEXEI LENIS*

MOLINA ostenta la calidad de servidor público, como quiera que es funcionario activo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, y que para la época de los hechos desempeñaba labores en la División de Gestión Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá ubicada en el Aeropuerto Internacional El Dorado. De igual forma, que sus funciones estaban encaminadas a efectuar el control de los viajeros que ingresaban al territorio nacional a fin de verificar el cumplimiento de las formalidades aduaneras y el pago de los tributos que correspondieran”.

Por su parte, la Directora General (E) de la ITRC, en la sentencia de segunda instancia, refirió:

“Sobre la ubicación y las funciones desempeñadas por el disciplinado, la defensa aduce en su recurso que existió un error al valorar el documento denominado "Comunicación de Funciones a Empleados Temporales" de fecha 13 de agosto de 2013, sin observar que para esa data el implicado se encontraba asignado a la División de Gestión de Control de Carga - GIT de Tráfico Postal y Envíos Urgentes, cargo que ocupó desde el 20 de noviembre de 2012, hasta el 17 de marzo de 2014, cuando con Resolución 259 fue ubicado en la División de Gestión Control Viajeros.

Si bien es cierto este documento trata de las funciones que desempeñaba antes de la fecha de los hechos y hay un error en la numeración del expediente, este argumento no es de recibo porque existen pruebas adicionales que soportan la ubicación y las funciones del procesado para el momento de la comisión de los hechos. Es así como obra la Resolución 259 del 17 de marzo de 2014 (folio 192), por medio de la cual el señor LENIS MOLINA fue ubicado en la División de Gestión de Control Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, con su respectiva Acta de Posesión 064 del 31 de marzo del mismo año (folio 193). En igual sentido, el día 8 de abril de 2014 le fueron comunicadas estas funciones por parte de la jefe de la División mediante formulario MUISCA 1672, firmado por el implicado (ver folio 194)

Pero hay más: La servidora MERY EYDELISA RESTREPO NÚÑEZ, Jefe de la División de Gestión de Control Viajeros, rindió testimonio (folios 135 s.s.) haciendo una manifestación concreta sobre la vinculación del disciplinado con esa División. Sumado a lo anterior, las funciones del procesado y su asignación al caso concreto también fueron objeto de declaración jurada por la servidora LUZ ADRIANA VÉLEZ MÉNDEZ (folios 144 s.s.), quien para el día de los hechos fungió como supervisora de la División Gestión Control Viajeros y dio cuenta de la vinculación del procesado, por haber sido el funcionario que conoció de las labores de aprehensión e inmovilización pertinentes”.

Así las cosas, este Estado Judicial comparte lo expuesto por la señora Agente del Ministerio Público, en el sentido que el demandante en su

condición de funcionario de la UAE DIAN, desconoció el reglamento aduanero, pues pese a que manifestó conocer el procedimiento que debía llevar a cabo, tal como lo afirmó en su versión libre, voluntariamente decidió no hacerlo, permitiendo la manipulación de objetos que debían ser custodiados y desplegando una serie de actuaciones que quedaron demostradas no solo con los documentos y testimonios, sino que fueron confirmadas con el registro filmico respectivo.

Sobre este aspecto, el Subdirector Técnico de Agencia Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, en la Resolución No. 17317-00019 del 21 de julio de 2017, indicó:

*“Frente al elemento cognoscitivo del dolo, el cual se refiere al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, esto es, sobre los hechos constitutivos de la infracción, se encuentra probado que el funcionario investigado como funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, para la época de los hechos se encontraba laborando en la División de Gestión Viajeros ubicada en el Aeropuerto Internacional El Dorado. Lo anterior implica que **tenía pleno conocimiento de las diferentes funciones que debía desarrollar como agente aduanero, las cuales estaban encaminadas a ejercer el control sobre los viajeros que ingresaban al territorio nacional, a fin de verificar si [los mismos declaraban o no las mercancías que traían en su equipaje, y si pagaban los tributos correspondientes, en términos generales.***

De igual forma, que de conformidad con los lineamientos dados por la entidad y por el Estatuto Aduanero, sabía que en caso de encontrar que los viajeros omitieran sus obligaciones aduaneras, se debía proceder con la inmediata aprehensión de las mercancías, en su totalidad, no en cierta parte.

Así mismo, se encuentra que el funcionario investigado era conocedor de tales funciones como se puede constatar con la comunicación de funciones de fecha 13 de agosto de 2014, respecto de su cargo y su rol como de Ejecutor V de Gestión y Servicio a los procesos misionales, firmada por el funcionario LENIS MOLINA y la Jefe de la División MERY EYDELISA RESTREPO NÚÑEZ.

Adicional a lo anterior, es importante destacar que, de conformidad con la versión libre rendida por el investigado mediante escrito allegado a este Despacho, él tenía pleno conocimiento el trámite aduanero a realizar, pues en su injuriada manifiesta que él adelantó el procedimiento”.
(Negrita del Despacho).

Igualmente, se advierte del referido fallo, que para establecer la responsabilidad del demandante en los hechos llevados a cabo el 27 de

agosto de 2014, no solo se tuvieron en cuenta el testimonio de la Patrullera y los registros filmicos, sino que se analizaron otros indicios que conllevaron a esclarecer la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado, así:

“Adicional a lo anterior, se encuentra que el investigado intentó dar visos de legalidad a su procedimiento, y decidió alterarlo al solicitar al perito evaluador de la entidad, el señor WILSON FABIAN AYERBE JARA, aprovechando su presencia en las oficinas de la OIAN en virtud de otro procedimiento para el cual estaba citado previamente, que revisara dicha cantidad de piedras, es decir, tan solo nueve (9) de las setenta (70) piedras que realmente ingresó el viajero, misma cantidad que previamente registró en el “Formato de registro de inventario”, cuando en el normal desarrollo de tal trámite administrativo, de conformidad con el testimonio rendido por el mismo perito, indicaba que el peritaje de la mercancía inmovilizada o aprehendida por los funcionarios de la División de Gestión Viajeros, se realizaba con posterioridad forma programada por la Jefe de la División, y no como se realizó en el caso bajo estudio, por lo cual le resulta dable concluir al Despacho que entre el señor LENIS MOLINA y el viajero existía un acuerdo previo para vulnerar el régimen aduanero en provecho del segundo, actuación que se vio frustrada gracias a la intervención de la patrullera de la POLFA.

De Igual forma, se encuentra probado que el funcionario investigado realizó el embalaje de las nueve (9) piedras que para ese momento había exhibido al perito, las depositó en un sobre y se las entregó a la supervisora del turno, la funcionaria LUZ ADRIANA VÉLEZ MÉNDEZ, junto con el Formato de registro de inventario por una cantidad de tan solo nueve (9) piedras, para que ella colocara el sello de seguridad y las rotulara, haciéndola incurrir en error al pensar que el procedimiento había culminado, pues tal como lo manifestó en su declaración rendida bajo la gravedad del juramento la funcionaria VÉLEZ, el investigado nunca le dijo que faltan más piedras por embalar, lo cual indica una vez más, que el investigado tenía el firme propósito de violar el régimen aduanero en provecho del viajero al NO inmovilizar la totalidad de la mercancía encontrada en un principio...

*Es así como el funcionario **LENIS MOLINA** al verse descubierto por la patrullera CUATAPÍ sobre el faltante de algunas de las piedras que debían ser inmovilizadas, pues ella de inmediato reportó tal situación irregular, tomó la decisión de ejecutar una acción la cual consistió en salir de las instalaciones de la División de Viajeros del Aeropuerto Internacional El Dorado para reponer el faltante, con el argumento de buscar a la señora MARIA MAGDALENA RIVERO, acompañante del viajero MELQUICIDEC RODRÍGUEZ, para que le devolviera las piedras que en un supuesto descuido se había llevado, obviando registrar su salida y su ingreso en el sistema con hora dispuesto para tal finalidad, como se evidencia en el informe remitido por jefe de la División de Gestión Viajeros de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, el Doctor LUIS ERNESTO LARROTA...*

En este punto resulta importante resaltar que, el funcionario investigado en su afán de entregar el faltante de las piedras, introdujo en el sobre que finalmente fue sellado y rotulado, una cantidad superior incluso a la encontrada inicialmente al viajero y registrada tanto en el acta de hechos No. 154, como en el "Formato de registro de inventario", soporte de la actuación aduanera, pues en dichos documentos se registra una cantidad de setenta (70) piedras y en el avalúo presentado por el perito se evidencia que fueron inspeccionadas un total de setenta y dos (72) piedras

También es importante destacar que **la justificación dada por el investigado respecto de las nuevas piedras allegadas fue desvirtuada por la misma señora RIVERO en declaración rendida bajo la gravedad del juramento ante este Despacho, donde aseguró que una vez salió de las instalaciones de la División no había sido abordada por ningún funcionario de la DIAN, como tampoco se había llevado ninguna esmeralda de la sala de conteos donde se realizó el procedimiento a su acompañante, el señor MELQUICIDEC RODRIGUEZ ACERO. Sin embargo, ello no desvirtúa lo ocurrido, como lo pretendió hacer ver el investigado en su versión libre, pues resulta claro para el Despacho que la testigo bien estaba en la obligación de rendir bajo juramento el testimonio solicitado, también lo es que, ella no estaba obligada a declarar contra si misma ni contra su cónyuge o compañero permanente, para el caso el señor RODRÍGUEZ ACERO...**

Igualmente, en el referido fallo se señaló que se incorporó como medio probatorio **el registro fotográfico realizado por la patrullera**, el cual fue objeto de pronunciamiento por el perito, en los siguientes términos:

“También obra como prueba el registro fotográfico realizado por ella, el cual fue allegado a la presente actuación a través de informe rendido por servidor público, y reconocido posteriormente al rendir testimonio ante este Despacho, donde señaló que fueron las fotografías que ella tomó de las piedras encontradas en el primer conteo y de las piedras que finalmente aportó el funcionario al regresar a la División sobre las ocho de la noche...

Hecho ostensiblemente notorio, el cual también pudo ser evidenciado por el perito evaluador designado por la DIAN, WILSON FABIAN AYERBE JARA, quien al ponerle de presente las fotografías obran tes a folio 78 con las cuales se prueba el cambio realizado, en diligencia de testimonio señaló:

"Se evidencia que no son las mismas piedras y al parecer, en el primer conteo se encuentran las piedras originales y en el segundo conteo están las piedras que se encuentran actualmente en el Banco Agrario, pues dada su experiencia pudo establecer que las piedras registradas la imagen "PIEDRAS DEL PRIMER CONTEO", no eran las mismas que se veían en la imagen "PIEDRAS SEGUNDO CONTEO", argumentando que "Se evidencia significativamente en su forma, color, tipo, tamaño y tipo de tallas que las piedras no son las

mismas', conclusión a la que pudo arribar dicho profesional con base en su experiencia en el peritaje de piedras preciosas".

Como puede verse, quedó demostrado que en el fallo de primera instancia, se estudiaron la versión libre y espontánea del disciplinado, el registro fotográfico de las piedras inventariadas, así como las declaraciones de los señores Luz Adriana Vélez, María Magdalena Rivero Rúa, Mery Eydelisa Restrepo Núñez y Fabian Ayerbe Jara, medios que condujeron a determinar que las conductas desplegadas por el aquí demandante constituían falta disciplinaria, sin que se pueda concluir que existiera alguna prueba a su favor que no haya sido analizada tanto por el sentenciador de primera como de segunda instancia y que podría resultar esencial para su causa.

Sobre este aspecto, en la sentencia de segunda instancia se señaló que *"frente a los hechos ocurridos el 27 de agosto de 2014, es abundante la prueba documental al que permitió al fallador de instancia hacer una idea reconstructiva de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que acompañaron el procedimiento de control objeto de reproche. Nótese cómo la prueba documental originaria de esta actuación, consistente en una pluralidad de correos electrónicos, informes y comunicaciones ofrecidas por los diferentes servidores públicos adscritos a la DIAN y la POLFA que directa o indirectamente conocieron de los hechos, unidos a un registro -fílmico y fotográfico, permitieron al operador disciplinario recrear el desarrollo de los acontecimientos".*

Así las cosas, no se encuentra infundada la valoración que realizaron los sentenciadores en el proceso disciplinario, pues contrario a lo expuesto por el hoy demandante, se encuentra demostrado que el Subdirector Técnico de Agencia Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC y la Directora General (E) - *respectivamente*, basaron sus decisiones en las pruebas que demostraron la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria imputable al señor Erich Alexei Lenis Molina,

Ahora bien, sobre la motivación de los actos administrativos proferidos en los procesos disciplinarios, mediante sentencia del 23 de marzo de 2017, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección

Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2011-00519-00(2009-11), señaló:

“Todo acto administrativo debe estar debidamente motivado, lo que implica que al servidor público que lo expide, tiene la obligación de exponer en el mismo las razones normativas y de hecho que dieron lugar a la decisión en él contenida. Lo anterior garantiza el respeto del debido proceso, en tanto permite conocer las causas que impulsaron a la administración a expresar en determinado sentido su voluntad.

En el derecho administrativo sancionador tal requisito de validez de las decisiones disciplinarias fue establecido en el artículo 19 de la Ley 734 de 2002 que plasmó el principio de motivación al decir «[...] Toda decisión de fondo deberá motivarse [...]».

La mencionada prerrogativa garantiza que la autoridad disciplinaria al emitir un pronunciamiento exponga, de forma racional, las razones en que fundamentó la decisión, de modo que se garantice que esta no sea producto del mero capricho o la pura voluntad del funcionario encargado.

La motivación de los actos disciplinarios es garantía principal del debido proceso y el derecho de defensa del disciplinado en la medida que le permite conocer los argumentos y las pruebas tenidas en su contra, a efectos de que pueda controvertir su interpretación¹.

Respecto al contenido de acto que define la responsabilidad disciplinaria del servidor público, el artículo 170 de la Ley 734 de 2002 exige que contenga lo siguiente:

*« [...] **Artículo 170.** Contenido del fallo. El fallo **debe ser motivado** y contener:*

- 1. La identidad del investigado.*
- 2. Un resumen de los hechos.*
- 3. **El análisis de las pruebas en que se basa.***
- 4. **El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas.***
- 5. La fundamentación de la calificación de la falta.*
- 6. El análisis de culpabilidad.*
- 7. Las razones de la sanción o de la absolución, y*
- 8. La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutive [...]» (Subraya de la Sala)*

Conforme la norma transcrita, el acto debe necesariamente ser motivado y tal proceder abarca, entre otros aspectos, el análisis del material probatorio recopilado conforme los postulados de la sana crítica, el estudio que se hizo de los cargos y de los descargos así como las razones que llevan a la entidad a tomar la decisión.

De esta manera, si la decisión disciplinaria no cumple con alguno de estos presupuestos, se configurará la causal de nulidad por falta de motivación y vulneración del debido proceso”.

¹ Sentencia T-350 de 2011.

Bajo el contexto jurisprudencial expuesto, es claro que en las decisiones que se adopten en un proceso disciplinario se deben exponer con precisión y claridad las razones que las motivan, las cuales deben estar amparadas en el análisis de los medios probatorios recaudados, con el objeto de establecer la responsabilidad del sujeto disciplinable frente a la conducta desplegada, estudiando la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad, de modo que se garantice que la sanción no sea producto del mero capricho o la pura voluntad del funcionario encargado, aspectos que fueron cumplidos a cabalidad en los fallos proferidos dentro del proceso disciplinario No. 1704-01-2014-214, el 21 de julio de 2017 y el 30 de octubre de la misma anualidad, por el Subdirector Técnico de Agencia Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC y la Directora General (E) - *respectivamente*, concluyendo el Despacho que los mismos en manera alguna adolecen de la causal de falsa motivación y violación al debido proceso alegadas, que conlleven a su nulidad.

Así las cosas, la entidad demandada efectuó una valoración seria, conjunta, razonada y ponderada de los medios de convicción arrimados al plenario que conllevaron a una adecuada determinación del tipo disciplinario que le fue impuesto, al actor, consistente en *“Ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario”*², actuación que condujo al correctivo endilgado de destitución e inhabilidad general por el término de 10 años, para ejercer funciones públicas.

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

5.5. COSTAS

² Numeral 50 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

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

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

RESUELVE:

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

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

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

Notifíquese y cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ

Juez

Firmado Por:

**GLORIA
VASQUEZ
JUEZ
JUZGADO 018
CIUDAD DE**

<p>JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado</p>
<p>La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 10, hoy 30 de abril de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.</p>
 <p>LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría</p>

MERCEDES JARAMILLO

**ADMINISTRATIVO DE LA
BOGOTA, D.C.-SANTAFE**

DE BOGOTA D.C.,

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11001-33-35-018-2018-00275-00

Código de verificación: **9cf8278b11f0944bf628ca64c862756513611a93e61c1beb9f9d6f4427698047**

Documento generado en 28/04/2021 09:50:54 PM

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



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

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-2018-00308-00
Demandante: YANETH ROMERO MUÑETONES
Demandado: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
Asunto: SENTENCIA

La señora **YANETH ROMERO MUÑETONES**, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.633.620 de Guaduas, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda, fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 8 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

2.2. Legales: artículos 10 del Código Civil; 19 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo; los Decretos 1042 de 1978, 1750 de 2003 y 4171 de 2008 y la

Ley 80 de 1993.

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

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

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

- Se le exigió la prestación personal del servicio, pacto de tipo contractual.
- Como remuneración de su labor, la entidad le pagaba las cantidades pactadas en los contratos de forma mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social y el pago al DÍA.
- Existió subordinación, toda vez que no gozaba de autonomía, estaba sometida al horario que le era asignado, a los reglamentos de la entidad y tenía funciones predeterminadas, las cuales ejercía el personal de planta y comprendían el objeto misional de la entidad.
- Prestó de forma continua sus servicios.
- Tenía superiores jerárquicos, tal como se observa en las diferentes cláusulas contractuales, pues debía rendir un informe mensual de sus labores, participar en reuniones y cumplir con el objeto social para el cual fue creada la universidad.

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

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

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

III. CONTESTACIÓN.

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del 3 de mayo de 2019, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que el vínculo que existió entre las partes inmersas en la litis, obedeció a los contratos de prestación de servicios que suscribieron, modalidad que se encuentra regulada en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Refirió que no se configuró relación laboral alguna, sobre la cual la demandante pueda reclamar derechos prestacionales, dado que las actividades las desarrolló de forma autónoma, las cuales no podían ser ejecutadas por el personal de planta del claustro universitario.

Señaló que la relación de coordinación de actividades entre el contratante y el contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para su desarrollo eficiente y en algunas oportunidades lleva implícito el cumplimiento de horario o recibir instrucciones del supervisor, incluso realizar informes de resultado; sin embargo, dichas circunstancias no configuran el elemento de la subordinación.

Sostuvo que a la finalización de cada contrato, la demandante suscribió las respectivas actas de liquidación por mutuo acuerdo y las partes se declararon a paz y salvo por todo concepto, requisito formal aplicable a los contratos estatales.

Ahora, frente a las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, sostuvo que el contrato de prestación de servicios es de carácter civil, por lo tanto, no está sujeto a la legislación laboral, razón por la cual no se configuró la compensación salarial por los servicios prestados; por el contrario, percibió como contraprestación al cumplimiento de los objetos contractuales el reconocimiento de unos honorarios.

Finalmente, citó jurisprudencia frente a las diferentes modalidades de contratación para el desempeño de funciones públicas.

De otra parte, propuso las siguientes excepciones:

i) Inexistencia de la relación laboral: Señaló que no existió una relación laboral ininterrumpida, dado que los servicios que prestó la demandante obedecieron a la suscripción de contratos, los cuales se sustentaron en la necesidad de ejecutar las actividades.

Anotó que las funciones que desarrolló la actora no estuvieron sujetas a la subordinación y tampoco debían llevarse a cabo dentro de un horario determinado, razón por la cual, en virtud de las disposiciones legales debía realizar aportes a seguridad social y/o la suscripción de una póliza que amparara sus obligaciones.

ii) Inexistencia de los elementos configurativos de la relación laboral

- **Autonomía de la profesional para ejecutar sus labores:** Manifestó que en los contratos administrativos siempre existe la supervisión y coordinación y en algunos casos la interventoría, con el objeto de que se cumplan las actividades contractuales, actividades que no pueden

entenderse como configurativas de la subordinación laboral y en el caso de la demandante, se evidencia que gozó de autonomía en su ejecución.

- **Autonomía de la voluntad:** Adujo que la actora aceptó de forma voluntaria los contratos de prestación de servicios, ejecutándolos libremente.

- **Inexistencia de la subordinación laboral:** Afirmó que no se existe prueba que acredite que a la contratista se le asignó un horario, se le impartieron órdenes específicas o se le hicieron requerimientos, como tampoco que solicitara permisos para ausentarse de las actividades.

iii) Imposibilidad de configurarse la relación laboral: Preciso que no se configuran los elementos propios de la relación laboral y de conformidad con lo estipulado en el artículo 122 de la Constitución Política, únicamente se puede ser empleado público con el cumplimiento de los requisitos legales, los cuales no se acreditan en el caso bajo estudio.

iv) Cumplimiento de los requisitos exigidos para proceder a la contratación de prestación de servicios

- **Las actividades contratadas no son las previstas en el manual de funciones para el cargo pretendido por la demandante:** Refirió que en la Universidad Nacional de Colombia no existe un cargo que desarrolle las mismas funciones que la demandante.

v) El personal de la universidad no es suficiente para cumplir la actividad contratada con la demandante: Indicó que la universidad cuenta con una planta de personal administrativo y, en consecuencia, solamente se pueden vincular los cargos allí comprendidos, los cuales no alcanzan para cumplir las funciones, razón por la cual se acude a la contratación de prestación de servicios.

vi) La coordinación y supervisión no implica configuración de subordinación laboral: Aludió que la demandante no debía cumplir

horario; sin embargo, sus actividades debía desarrollarlas cuando estaba en funcionamiento la universidad.

vii) Buena fe y la contratación de la demandante no se hizo para evadir el pago de prestaciones sociales: Señaló que no existe medio probatorio que acredite que la entidad tuviese la intención de apropiarse de las prestaciones sociales de los contratistas; amén, que las razones que llevaron a la universidad a suscribir los contratos de prestación de servicios, obedecieron a un aspecto legal por comprender actividades distintas a su naturaleza y debido a que el personal de planta no era suficiente para ejecutarlas.

viii) Prescripción trienal: Solicitó que se declare probado dicho fenómeno jurídico frente a las prestaciones sociales, salarios y demás emolumentos que superen tres (3) años desde su exigibilidad.

ix) Falta de requisito de procedibilidad y prescripción del derecho: Las cuales se declararon no probadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 8 de septiembre de 2020.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte demandante, a través de escrito allegado vía correo electrónico el 15 de marzo del año en curso, solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda ratificándose en los argumentos expuestos en los fundamentos de derecho de la demanda y aplicando el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que la demandante prestó sus servicios sin solución de continuidad desde el año 2012 hasta el año 2017, tal como se encuentra demostrado con el material probatorio aportado al expediente.

Afirmó que la labor fue desarrollada de forma continua, situación diferente es que la entidad demandada tomaba algunos días para la firma de los contratos u otros sí y sus funciones no se pueden considerar como esporádicas.

Precisó que se encuentran probados los elementos para que se configure la existencia de una relación legal y reglamentaria, por las siguientes razones:

- La demandante estaba sometida a la subordinación tal como lo afirmaron los testigos, ya que tuvo diferentes jefes a lo largo del desarrollo de su labor, quienes la supervisaban, impartían órdenes, contralaban el horario y el desarrollo de las funciones que ejercía.
- Prestaba personalmente el servicio y debía informar cualquier situación que le impidiera ejecutar su labor y reponer el tiempo.
- Recibió una remuneración por las funciones desarrolladas, las cuales corresponden al objeto misional de la entidad demandada.
- La demandante ejercía sus labores con el material y las herramientas que le suministraba la universidad.
- La actora no laboró con autonomía, toda vez que no podía delegar o subcontratar a otra persona para desarrollar sus funciones y debía cumplir el horario que le era asignado.

4.2. Parte demandada

La providencia que corrió traslado a las partes para alegar de conclusión fue notificada por estado el 12 de marzo de 2021, razón por la cual la parte demandada tenía hasta el 5 de abril de dicha anualidad, para tal efecto, actuación que se surtió hasta el 6 del mismo mes y año, esto es, de forma extemporánea, circunstancia que impide tener en cuenta el aludido escrito.

4.3. Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones propuestas por el extremo demandado, este

Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

De otro lado, se precisa que la excepción de **prescripción** será resuelta en acápite posterior de esta providencia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

5.2.1. Documentales:

5.2.1.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Yaneth Romero Muñetones.

5.2.1.2. Órdenes y Contratos de prestación de servicios celebrados por la entidad demandada y la demandante.

5.2.1.3. Certificados de disponibilidad presupuestal expedidos por la Jefe de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia.

5.2.1.4. Actas de liquidación de los contratos, suscritas por la demandante y la Universidad Nacional de Colombia.

5.2.1.5. Planillas de control de recuperación de tiempo 112 horas de la Universidad Nacional de Colombia, en las cuales se relaciona a la demandante.

5.2.1.6. Formatos de control de permisos por tiempo inferior a un día para el personal administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, suscritos por la actora y autorizados por el jefe inmediato.

5.2.1.7. Desprendibles de honorarios pagados a la demandante por la entidad demandada.

5.2.1.8. Certificados de afiliación a E.P.S. de la demandante, expedidos por la E. P. S. Sanitas y de pago de aportes al fondo de pensiones

obligatorias, emitidos por Colfondos.

5.2.1.9. Certificaciones de retención en la fuente efectuados a la demandante por la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia.

5.2.1.10. Comprobantes de egresos, órdenes de pago y desprendibles de honorarios cancelados a la demandante, por la Universidad Nacional de Colombia.

5.2.1.11. Hoja de vida de la señora Yaneth Romero Muñetones.

5.2.1.12. Memorandos y comunicaciones, por medio de los cuales la Jefe de la Unidad Administrativa de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia le informó al señor Edgar Cortés Reyes que fue designado como supervisor de los contratos suscritos entre la demandante y el claustro.

5.2.1.13. Formatos de constancias de cumplimiento de las actividades contractuales desarrolladas por la actora, suscrito por el señor Edgar Cortés Reyes.

5.2.1.14. Escrito elevado por la demandante el 16 de marzo de 2018, a través de apoderado, por medio del cual le solicitó a la entidad demandada la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto y por retención en la fuente, así como la sanción moratoria y ajustes de valor.

5.2.1.15. Oficio No. B.DFM-076-18 del 14 de febrero de 2018, a través del cual el Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, relacionó, entre otros aspectos, que no es posible asimilar las actividades que desarrollo la actora, en virtud de los diferentes objetos contractuales, con las funciones comprendidas en cargos de planta, ni determinar el número de personas que las ejecutan, toda vez que se trata de figuras jurídicas que no son compatibles por su naturaleza.

5.2.1.16. Oficio No. B.DFM-234-18 del 12 de abril de 2018, por medio del cual el doctor Ariel Iván Ruíz Parra, Decano de la Facultad de Medicina de

la Universidad Nacional, negó lo solicitado por la demandante el 16 de marzo de dicha anualidad, al sostener que la entidad la contrató para la ejecución de diferentes objetos contractuales, en el marco de lo estipulado en el derecho civil colombiano y el Manual de Convenios y Contratos del claustro, adoptado en la Resolución de Rectoría No. 1551 de 2014 y, en consecuencia, no medió relación laboral alguna que pudiese derivar al pago reclamado.

5.2.1.17. Certificaciones expedidas por la doctora Angela María Ramírez Orozco, Jefe de la Unidad (e) de la Universidad Nacional de Colombia, en las cuales consta los contratos celebrados por las partes inmersas en el presente asunto y las obligaciones específicas que debió ejecutar en cada uno.

5.2.1.18. Oficio No. B.UAFM-072-19 del 12 de marzo de 2019, a través del cual la Jefe de Unidad (e) de la Universidad Nacional de Colombia, señaló que la señora Olga Marcela Casas Bedoya, fue empleada pública con derechos de carrera administrativa desde el 6 de mayo de 2013 al 15 de agosto de 2017, en la Facultad de Medicina y la señora Esperanza Sánchez Montero, se trasladó por competencia a la División Nacional de Personal Administrativo y estuvo contratada en la Secretaría Académica por el periodo comprendido entre los meses de agosto de 2012 y febrero de 2014, quienes compartieron espacio físico con la demandante.

Igualmente, refirió que fungieron como supervisores de contratación los señores Edgar Cortés Reyes, Profesor del Departamento del Movimiento Corporal Humano, Sonia Liliana Pertuz, Profesora del Departamento de Nutrición y Dietética y Mario Eliecer Fernández Amaya, funcionario de planta adscritos a la Secretaría Académica.

A su vez, señaló que en la entidad no reposa requerimiento escrito, ni solicitudes de permiso, como tampoco llamados de atención a la demandante, toda vez que los contratistas cumplen con obligaciones específicas conforme a las necesidades de las dependencias.

5.2.1.19. Medio magnético contentivo del manual específico de funciones para los cargos contemplados en la planta global de personal

administrativo de la Universidad Nacional de Colombia.

5.2.2. Testimoniales:

5.2.2.1. CD contentivo de las declaraciones de los señores Esperanza Sánchez Montero, Olga Marcela Casas Bedoya y Edgar Cortés Reyes, así como del interrogatorio de parte de la señora Yaneth Romero Muñetones, rendidos ante este Despacho el 30 de septiembre de 2020.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 8 de septiembre de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora Yaneth Romero Muñetones tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en la Universidad Nacional de Colombia y, en consecuencia, al pago de salarios y prestaciones sociales que se le adeuden, en virtud de dicho vínculo laboral, así como a la devolución de los pagos efectuados por retención en la fuente y cotizaciones al régimen de seguridad social integral.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Artículo 2. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos

obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*¹. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

“Artículo 1°.- El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.

Artículo 2°.- Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.

Artículo 3°.- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

Artículo 4°.- Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes

Artículo 5°.- Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

Artículo 7º.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53² la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)”

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en el numeral 3º del artículo 32, determinó:

² ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”³

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad; ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer

³ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. *La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración

como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios**, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”(Negrillas del Despacho)

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Ahora bien, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁴.

⁴ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

5.4.1. De la solicitud de tacha de los testimonios recepcionados

El apoderado de la entidad demandada en la contestación de la demanda tachó de sospechoso los testimonios de las señoras Esperanza Sánchez Montero y Olga Marcela Casas Bedoya, por cuanto en los archivos de la universidad no obra constancia de vinculación alguna, lo que impide que declaren sobre la ejecución de los contratos suscritos entre las partes.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil⁶, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

Sobre el particular, advierte el Despacho que no le asiste razón al apoderado de la entidad demandada al afirmar que no es dable tener en cuenta las declaraciones de las deponentes, al sostener que no ostentaron vinculación alguna con la entidad, puesto que, en el Oficio No. B.UAFM-072-19 del 12 de marzo de 2019, la Jefe de Unidad (e) de la Universidad Nacional de Colombia, señaló que la señora Olga Marcela Casas Bedoya, fue empleada pública con derechos de carrera administrativa desde el 6 de mayo de 2013 al 15 de agosto de 2017, en la Facultad de Medicina y la señora Esperanza Sánchez Montero, se trasladó por competencia a la División Nacional de Personal Administrativo y estuvo contratada en la Secretaría Académica por el periodo comprendido entre los meses de agosto de 2012 y febrero de 2014, **quienes compartieron espacio físico con la demandante**, aspecto que fue reiterado en los testimonios que rindieron el 30 de septiembre de 2020.

En ese sentido, no se les puede restar validez a sus afirmaciones, toda vez que sus testimonios fueron rendidos bajo la gravedad de juramento; amén, que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, las versiones rendidas por las deponentes no resultan parciales ni afectan su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación de la actora

⁶ Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192.

a la entidad demandada como compañeras de trabajo que conocieron la manera como esta desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dichas declaraciones serán valorada por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora Yaneth Romero Muñetones reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en el que prestó sus servicios en la Universidad Nacional de Colombia.

Por su parte, el doctor Ariel Iván Ruíz Parra, Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, a través del Oficio No. B.DFM-234-18 del 12 de abril de 2018, negó lo solicitado por la demandante, al sostener que la entidad la contrató para la ejecución de diferentes objetos contractuales, en el marco de los estipulado en el derecho civil colombiano y el Manual de Convenios y Contratos del claustro, adoptado en la Resolución de Rectoría No. 1551 de 2014 y, por ende, no medió relación laboral alguna que pudiese derivar al pago reclamado.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la subordinación o dependencia y **iii)** el salario como retribución del servicio.

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que de las certificaciones expedidas por la doctora Angela María Ramírez Orozco, Jefe de la Unidad (e) de la Universidad Nacional de Colombia y en los contratos de prestación de servicios, quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios, de la siguiente forma:

NO. DE CONTRATO	INICIÓ	TERMINACIÓN	FOLIOS
4	14/01/2002	13/07/2002	12 a 15
304	15/07/2002	20/12/2002	12 a 15
2	20/01/2003	28/02/2003	12 a 15
50	03/02/2003	28/02/2003	12 a 15
127	03/03/2003	02/09/2003	12 a 15
482	03/09/2003	23/12/2003	12 a 15
5	15/01/2004	14/07/2004	12 a 15
553	15/07/2004	24/12/2004	12 a 15
15	11/01/2005	10/07/2005	12 a 15
474	11/07/2005	23/12/2005	12 a 15
1241	30/08/2012	12/02/2013	12 a 15
40	01/02/2013	15/06/2013	contrato
1005	19/06/2013	30/09/2013	12 a 15
1747	08/10/2013	28/02/2014	12 a 15
41	01/03/2014	30/06/2014	12 a 15
651	01/07/2014	28/02/2015	12 a 15
154	02/03/2015	28/06/2015	12 a 15
745	01/07/2015	30/11/2015	12 a 15
1678	01/12/2015	29/02/2016	12 a 15
437	01/03/2016	30/04/2016	12 a 15
989	02/05/2016	29/07/2016	12 a 15
1425	01/08/2016	31/01/2017	12 a 15
68	01/02/2017	31/03/2017	12 a 15
498	03/04/2017	30/06/2017	12 a 15
845	04/07/2017	31/07/2017	12 a 15
921	01/08/2017	31/12/2017	12 a 15

En este sentido, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios en la Universidad Nacional de Colombia, a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios personales suscritos desde el 14 de enero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2017, **de forma interrumpida**, cuyos objetos contractuales en términos generales estaban encaminados a: i) labores secretariales en la Oficina de Kardex Docente; ii) archivo, radicación de correspondencia, recepción, preparación de agenda para el Comité Docente y Consejo, dar trámite a los actos administrativos de vacaciones, de renovación y nombramiento de docentes; iii) elaboración de certificados de notas, de matrículas, copia de acta de grado y buena conducta, mantenimiento de historias académicas, reintegros, traslados, adiciones o cancelaciones de asignaturas, examen supletorios e intercambios académicos de estudiantes de la facultad de Medicina del claustro universitario; iv) atención de llamadas telefónicas de los usuarios y v) refrendación de carnés, funciones que coinciden con las señaladas por las señoras Esperanza Sánchez Montero y Olga Marcela

Casas Bedoya, en las declaraciones que rindieron ante este Despacho el 30 de septiembre de 2020.

Así las cosas, se encuentra demostrado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, aspecto que fue reiterado por la señora Olga Marcela Casas Bedoya, quien fue enfática en señalar que la señora Yaneth Romero Muñetones no podía delegar sus funciones.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se advierte que, si bien, mediante el Oficio No. B.UAFM-072-19 del 12 de marzo de 2019, la Jefe de Unidad (e) de la Universidad Nacional de Colombia señaló que en la entidad no reposa requerimiento escrito, ni solicitudes de permiso, como tampoco llamados de atención a la demandante, toda vez que los contratistas cumplen con obligaciones específicas conforme a las necesidades de las dependencias, lo cierto es que obran en el plenario, los formatos de control de permisos por tiempo inferior a un día para el personal administrativo, en el que se relaciona que la demandante solicitó autorización para ausentarse de sus labores los días 11 de abril de 2014 y 25 del mismo mes y año, 30 de mayo, 11 de julio, 26 de agosto, 21 de septiembre, 31 de octubre y del 15 al 18 de noviembre, todos de 2016, 14 y 27 de febrero, ambos de 2017, con el objeto de asistir a citas médicas y para un viaje – *respectivamente*, los cuales fueron aprobados por el jefe inmediato, tal como lo sostuvieron las señoras Esperanza Sánchez Montero y Olga Marcela Casas Bedoya.

Igualmente, se aportaron las planillas de control de recuperación de tiempo de las cuales se acredita que a la demandante le realizaban un seguimiento en el horario que le era asignado y que no gozaba de autonomía al momento de ejercer sus funciones.

A su vez, de los contratos de prestación de servicios, de los memorandos y comunicaciones suscritos por la Jefe de la Unidad Administrativa de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia se desprende que el señor Edgar Cortés Reyes, Profesor del Departamento del Movimiento Corporal

Humano, fue designado como supervisor de los contratos suscritos entre la demandante y el claustro, aspecto que igualmente fue objeto de pronunciamiento en el Oficio No. B.UAFM-072-19 del 12 de marzo de 2019, señalado precedentemente, en que adicionalmente se refirió que también fungieron en tal calidad, los señores Sonia Liliana Pertuz, Profesora del Departamento de Nutrición y Dietética y Mario Eliecer Fernández Amaya, funcionario de planta adscrito a la Secretaría Académica.

Así mismo, de las declaraciones de las deponentes se evidencia que las labores desempeñadas por la demandante implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia. Al respecto, los testigos fueron coincidentes en señalar que la actora i) prestaba su labor con los implementos suministrados por el claustro, tales como: computador, escritorio, silla y útiles de oficina los cuales se encontraban inventariados, tal como se plasmó en los contratos de prestación de servicios que suscribió con la entidad y ii) no gozaba con total autonomía para desarrollar sus actividades, toda vez que debía prestarlas en la entidad y, con los formatos que estaban establecidos.

A su vez, la señora Olga Marcela Casas Bedoya, manifestó que la entidad le suministró a la demandante una clave para acceder a la plataforma para desarrollar sus obligaciones y, en consecuencia, sus funciones las ejecutó en la oficina de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, dado que se requería de programas que estaban instalados en los computadores del claustro.

A su turno, la actora en el interrogatorio de parte que rindió ante este Despacho el 30 de septiembre de 2020, señaló que no tenía libertad en el desarrollo de sus funciones, en la medida que debía cumplir con los formatos de la entidad.

Ahora bien, respecto a la jornada en que la demandante debía ejecutar su labor, la señora Esperanza Sánchez Montero sostuvo que tenía un horario de 8:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes, mientras que la señora Olga Marcela Casas Bedoya precisó que de lunes

a jueves era de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. y que en ocasiones el jefe inmediato le solicitaba que prestara la labor por fuera de dicho lapso; horario que fue aclarado por la demandante al momento de rendir el interrogatorio de parte, al afirmar que inicialmente era de 8:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y en los últimos 5 años, fue de lunes a jueves de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y los viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.

De otro lado, el docente Edgar Cortés Reyes en el testimonio que rindió ante esta Jugadora, quien fungió como supervisor de la demandante, manifestó que debido a que la Universidad Nacional de Colombia tiene muchas funciones, así como programas académicos y las actividades que desarrollaba el personal de planta desbordaban sus capacidades, puesto que no era suficientes para cubrir la demanda o las necesidades de la institución, era necesario acudir a la contratación de prestación de servicios, para la ejecución de labores propias del claustro y, de esta, forma, se presentara un correcto funcionamiento, actividades que resalta, eran permanentes, Igualmente, afirmó que: i) las labores que ejecutaba la actora solamente se podían desarrollar en la Oficina de Kardex y en ocasiones debía atender la ventanilla y ii) si bien para realizar sus funciones gozaba de autonomía, lo cierto es que no era absoluta, dado que sus labores las tenía que realizar al interior de la Oficina, toda vez que debía utilizar el computador del claustro universitario.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por la actora por más de 9 años, no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén, que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo los horarios, en las instalaciones del claustro universitario, bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos

de prestación de servicios suscritos entre la señora Yaneth Romero Muñetones y la Universidad Nacional de Colombia, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor realizada, la cual, se pagaba previa certificación expedida por el Supervisor de los contratos de prestación de servicios, donde constara la correcta ejecución de los mismos.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) la demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio como Secretaria o Auxiliar Administrativa, labor que, valga la pena anotar, **es propia de la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia en las instalaciones de la facultad de Medicina en la cual prestaba sus servicios.

Ahora, si bien en el Oficio No. B.DFM-076-18 del 14 de febrero de 2018, el Decano de la Facultad de Medicina manifestó que no es posible asimilar las actividades con las cuales la actora ejecutó los diferentes objetos contractuales, con las funciones contenidas en cargos de planta, ni determinar el número de personas que las desarrollan, aspecto que fue reiterado por la Jefe de Unidad (e), a través del Oficio No. B.UAFM-072-19 del 12 de marzo de 2019, lo cierto es que obra el Manual de Funciones del claustro, en el que se evidencia que para la fecha que la demandante prestó sus servicios en dicho centro educativo, existían los cargos de Secretaria – Código 40607 – Grado 07 (Nivel Técnico) y de Auxiliar Administrativo – Código 51210 – Grado 10 (Nivel Asistencial), quienes ejercían las labores que desempeñó la demandante; sin embargo, tal como lo afirmó el docente Edgar Cortés Reyes en el testimonio que rindió ante este Despacho, para el correcto desarrollo de su objeto misional fue necesario la contratación de la actora, debido a la falta de personal de la entidad.

En ese sentido, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleos de **Secretaria – Código 40607 – Grado 07**, y de **Auxiliar Administrativo –**

Código 51210 – Grado 10, cargos que pertenecen a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre la Universidad Nacional de Colombia y la señora Yaneth Romero Muñetones, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todos los emolumentos a los que tiene derecho la actora, entendiéndose estos, no solo como las prestaciones sociales, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, como aquellas por concepto de salud y pensión (en la proporción correspondiente), debidamente indexados, como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral la hoy demandante adquiere la calidad de empleada pública, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha calidad, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, como son el nombramiento y la posesión y, pese, a que el empleo desempeñado por la actora hace parte de la planta de personal de la Universidad Nacional de Colombia, no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a el demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce

plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos⁷, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión⁸.

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.

5.5. De las prestaciones sociales

5.5.1 Vacaciones

Respecto a la compensación en dinero de las vacaciones el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, señaló:

“Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978. que dispone:

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria**, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

*Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo...”
(Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho pronunciamiento Jurisprudencial, es claro el derecho que le asiste a la demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

5.5.2 Dotación de Calzado y vestido de labor.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26

de julio de 2018⁹, indicó:

“Sobre la “dotación de calzado y vestido de labor” que solicita el demandante a título de restablecimiento del derecho, no es procedente en la medida en que el artículo 1 de la Ley 70 de 1988 reguló el derecho que le asiste a “los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente (...) resaltado fuera del texto”, supuestos que no concurren en el caso concreto⁸⁵”.

De conformidad con la jurisprudencia cita, encuentra el Despacho que a la demandante no le asiste el derecho a la indemnización de perjuicios reclamada por concepto de calzado y vestido de labor, dado que los honorarios que percibió por las funciones que desarrolló, superan dos veces el salario mínimo legal mensual para cada vigencia, tal como se desprende de la certificación expedida el 12 de febrero de 2018, por la Jefe de Unidad (E) de la Universidad Nacional de Colombia y de los comprobantes de egresos y órdenes de pago.

5.5.3. Cesantías, intereses de cesantías y sanción moratoria

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en Sentencia del 6 de octubre de 2016, señaló:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, **el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.** En otras palabras, la pretensión de*

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018, M. P. Dr.: César Palomino Cortés, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00799-01, actor: Pablo Emilio Torres Garrido, demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas". (Negritas del Despacho).

De conformidad con el precedente jurisprudencial expuesto, no es viable el reconocimiento de cesantías ni de la sanción moratoria por el no pago de las mismas en tiempo reclamadas por la actora, como tampoco los intereses que se hayan podido generar, toda vez que para la fecha en que se celebraron los contratos de prestación de servicios entre las partes inmersas en la *litis*, se encontraba en discusión dicho derecho y solo se hacen exigibles a partir de la sentencia que las reconozca.

5.6. Intereses moratorios sobre las sumas adeudadas.

En lo relativo al pago de intereses moratorios, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, señaló:

"(...) Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los intereses moratorios constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad, vale decir, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L. Por consiguiente, el reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la actio in rem verso, como hizo notar el recurrente demandado (...)" (Resaltado fuera de texto original).

De conformidad con la Jurisprudencia transcrita, es claro para el Despacho que no hay lugar al pago de los intereses por mora solicitados por la parte actora, teniendo en cuenta que en la presente providencia se ordenará la indexación de los valores reconocidos, lo cual constituiría un doble pago de la misma naturaleza.

5.7. De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente y del pago de las sumas canceladas al sistema general de riesgos profesionales.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "E", C. P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon, en

la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 11001-33-31-030-2012-00117-01, precisó:

*“De otra parte, tal y como lo dispuesto el juez de primera instancia **no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados por la actora por concepto de retención en la fuente y pagos de pólizas de seguros**, pues si bien como se dijo la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”. (Negrilla del Despacho).*

Posteriormente, la referida Corporación Judicial, Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019¹⁰, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

“(…)

*En cuanto a la **devolución de retefuente** y rete ICA pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’¹¹” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso a la actora de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación, lo que igualmente sucede con las sumas consignadas por

¹⁰ Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

concepto de riesgos profesionales, en la medida que son constituidas y otorgadas por el contratista ante una administradora, aseguradora o entidad bancaria, razón por la cual no se dispondrá el reconocimiento y pago de dichos conceptos a favor de la señora Yaneth Romero Muñetones.

5.8 Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar.

Respecto de las cotizaciones a las Cajas de Compensación Familiar, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”¹², refirió:

“(…)

Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor Luis Eduardo Moreno Caro la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5° de la citada Ley 21 de 1982 prevé que “El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:

“1°. Tener el carácter de permanentes.

2°. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;

3°. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y

4°. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.”

De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

“1°. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.

2°. Los hermanos huérfanos de padre.

3°. Los padres del trabajador”.

Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo”.

Del anterior criterio jurisprudencial, se colige que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, en razón a que no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiaria del subsidio familiar.

¹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, C P. Dr.: César Palomino Cortés, mediante sentencia del 14 de marzo de 2019, expediente No. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15), actor: Luis Eduardo Moreno Caro, demandado: Departamento de Boyacá – Casa del Menor Marco Fidel Suárez.

5.9. De la prescripción.

En ese acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción alegado por la entidad demandada, conforme al precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, así:

i) Prescripción de cada uno de los contratos celebrados.

Al respecto, en la sentencia de unificación citada se dijo:

“Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”. (Negritas del Despacho).

El anterior criterio, fue reiterado por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), al señalar:

“... la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, **sin importar si la interrupción es de un día, inclusive.**

Lo anterior toda vez que, conforme con la jurisprudencia unificada de esta Corporación, los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son pasibles de perderse por prescripción extintiva, esto es, por no reclamarse en la oportunidad que la Ley otorga para ese efecto” (Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se relama el reconocimiento de la relación laboral, a partir del año 2012 hasta el año 2017, razón por la cual, el Despacho se pronunciará únicamente sobre dicho periodo y, en consecuencia, los contratos fueron celebrados así:

Del 30 de agosto de 2012 al 12 de febrero de 2013

Del 01 de febrero de 2013 al 15 de junio de 2013

Del 19 de junio de 2013 al 30 de septiembre de 2013

Del 08 de octubre de 2013 al 28 de febrero de 2014

Del 01 de marzo de 2014 al 30 de junio de 2014

Del 01 de julio de 2014 al **28 de febrero de 2015**

Del **02 de marzo de 2015** al 28 de junio de 2015

Del 01 de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2015

Del 01 de diciembre de 2015 al 29 de febrero de 2016

Del 01 de marzo de 2016 al 30 de abril de 2016

Del 02 de mayo de 2016 al 29 de julio de 2016

Del 01 de agosto de 2016 al 31 de enero de 2017

Del 01 de febrero de 2017 al 31 de marzo de 2017

Del 03 de abril de 2017 al 30 de junio de 2017

Del 04 de julio de 2017 al 31 de julio de 2017

Del 01 de agosto de 2017 al 31 de diciembre de 2017

Como puede verse, entre los contratos de prestación de servicios, existen lapsos de interrupción en los que la demandante no prestó sus servicios.

Así las cosas, en consideración a que la actora presentó reclamación administrativa, mediante escrito del **16 de marzo de 2018** y que entre el contrato que finalizó el 28 de febrero de 2015 y el que inició el 02 de marzo del mismo año, existió una interrupción de un (1) día, los contratos celebrados con anterioridad al **28 de febrero de 2015**, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

En ese sentido, será a partir de los contratos determinados a continuación que se hará el reconocimiento salarial y prestacional reclamado, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, pues de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se advierte que únicamente sobre

dichos periodos hubo vocación de permanencia en la labor, así: del 02 de marzo de 2015 al 28 de junio de 2015, del 01 de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2015, del 01 de diciembre de 2015 al 29 de febrero de 2016, del 01 de marzo de 2016 al 30 de abril de 2016, del 02 de mayo de 2016 al 29 de julio de 2016, del 01 de agosto de 2016 al 31 de enero de 2017, del 01 de febrero de 2017 al 31 de marzo de 2017, del 03 de abril de 2017 al 30 de junio de 2017, del 04 de julio de 2017 al 31 de julio de 2017 y del 01 de agosto de 2017 al 31 de diciembre de 2017.

ii) Prescripción de los aportes para salud y pensión.

Respecto a las prestaciones sociales que están a cargo del empleador cuando se declara la existencia de una relación de carácter laboral, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, mediante la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, indicó:

“(…)

*De otra parte, con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.*

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

*Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y **las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud**, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.*

*Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y **en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso**, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado;*

la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

(...)

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista". (Negrilla del Despacho).

Ahora bien, sobre los aportes para pensión, en la mencionada sentencia de unificación, se dispuso:

"Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época (...)".

Bajo dichos criterios, los aportes para salud y pensión son imprescriptibles y como tal se deberán reconocer a título de reparación integral del daño, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, como quiera que no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo y, en ese sentido, se reconocerán por el periodo comprendido entre el **30 de agosto de 2012 y el 31 de diciembre de 2017, salvo sus interrupciones**, en virtud de las pretensiones de la demanda.

VI. COSTAS

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

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO**

DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR la existencia de la relación laboral entre la señora YANETH ROMERO MUÑETONES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.633.620 de Guaduas y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del Oficio No. B.DFM-234-18 del 12 de abril de 2018, por medio del cual el doctor Ariel Iván Ruíz Parra, Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, le negó a la actora el reconocimiento y el pago de las prestaciones sociales que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

TERCERO.- DECLARAR probada la excepción de prescripción de los contratos celebrados por las partes, con anterioridad al **28 de febrero de 2015**, de conformidad con las consideraciones realizadas en esta sentencia.

CUARTO. A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, reconocer y pagar a la señora **YANETH ROMERO MUÑETONES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.633.620 de Guaduas, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas que devenga una **Secretaria – Código 40607 – Grado 07**, por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los siguientes contratos:

- Del 02 de marzo de 2015 al 28 de junio de 2015
- Del 01 de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2015
- Del 01 de diciembre de 2015 al 29 de febrero de 2016
- Del 01 de marzo de 2016 al 30 de abril de 2016
- Del 02 de mayo de 2016 al 29 de julio de 2016

- Del 01 de agosto de 2016 al 31 de enero de 2017
- Del 01 de febrero de 2017 al 31 de marzo de 2017
- Del 03 de abril de 2017 al 30 de junio de 2017
- Del 04 de julio de 2017 al 31 de julio de 2017
- Del 01 de agosto de 2017 al 31 de diciembre de 2017

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

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

QUINTO. ORDENAR a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA:

i) **PAGAR** a la señora **YANETH ROMERO MUÑETONES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.633.620 de Guaduas, los valores que canceló por los conceptos de salud y pensión en virtud de los contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por ley al empleador, durante el tiempo comprendido entre el **30 de agosto de 2012 y el 31 de diciembre de 2017, salvo sus interrupciones.**

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la demandante y los que se debieron efectuar, **COTIZAR** la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó a los mencionados sistemas, durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el

porcentaje que le incumbía como trabajador.

iii) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a los conceptos de salud y pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente

SEXTO. Sin costas a cargo de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

SÉPTIMO. Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO. A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

NOVENO. Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

DÉCIMO. La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

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

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ

JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 10, de hoy 30 de abril de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VASQUEZ

JUEZ

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

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

Código de verificación:

**260e344b934298c99ca3b229cb47e72d0c9b110fe35d2e95c8a2be00a
7dfdd7f**

Documento generado en 28/04/2021 12:37:09 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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