



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

Bogotá, D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-**2018-00379**-00
Demandante: YENNY ERICA MONTERO CHAVES
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Asunto: SENTENCIA

La señora **YENNY ERICA MONTERO CHAVES**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.875.814 de Bogotá, , actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D. C. –SECRETARIA DE EDUCACIÓN, 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 6 de noviembre de 2019, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 58, 83, 90, 93, 94, 122, 123, 125 y 315.

2.2. Legales: Leyes 6ª de 1945, 54 de 1962, 22 de 1967 y 33 de 1985, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 785 de 2005, 020 del 18 de enero de 2017, 1083 de 2015 y 648 de 2017, el Acuerdo Distrital 199 de 2005, artículos 1, 5, 10, 11, 13, 15, 21, 22, 23, 24, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 3, 50 y 138 de la Ley 1437 de 2011 y artículos 10 y 27 del Código Civil.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Sobre el particular, sostuvo que la figura de los contratos de prestación de servicios, está legalmente prevista en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, con el objeto de desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, con personas naturales, cuando las mismas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, siempre y cuando las funciones a desarrollar no tengan carácter permanente; adicionalmente, debe existir autonomía e independencia del contratista, hechos y circunstancias totalmente alejadas de lo que realmente aconteció durante el tiempo laborado en la secretaria de Educación de Bogotá por la señora Yenny Érica Montero Chaves.

Manifestó que existió una falsa motivación en el acto administrativo demandado por medio del cual se negaron las pretensiones invocadas en la demanda, pues se infringen disposiciones de orden superior, además que se aplica de manera indebida la Ley 80 de 1993, perdiéndose de vista los preceptos legales y precedentes jurisprudenciales.

Anotó que en el caso bajo estudio la relación de la actora con la entidad demandada estuvo regida por la presunción de relación laboral que consagra el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, situación que fue desconocida flagrantemente, vulnerándose los principios de favorabilidad, igualdad, buena fe, y debido proceso que rigen las actuaciones de las autoridades públicas ante los particulares.

Afirmó que deliberadamente la Secretaría de Educación del Distrito optó por vincular en forma espuria a la actora, acudiendo a la modalidad de contrato de prestación de servicios para la ejecución de funciones propias del objeto misional de dicha entidad, necesidades que le imponían la vinculación legal y reglamentaria de personal provisional o de concurso con la consecucional adquisición de la condición de empleada pública.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **5 de marzo de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Luego de citar los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 32 de la ley 80 de 1993, la sentencia C-157 de 1997, donde la Corte Constitucional se refirió a las características, diferencias y demás aspectos del contrato de prestación de servicios frente a la relación laboral y el fallo de unificación del Consejo de Estado proferido dentro del expediente 2011-00039-00, señaló que el trabajador que pretenda la declaratoria de una relación laboral, desde el argumento de que su ejecución se cumplió bajo la fachada de un contrato de prestación de servicios, en principio debe probar la prestación personal del servicio y la remuneración que percibía por ello, quedando exonerado de demostrar la subordinación, pues la Ley presume la existencia de dicho elemento, criterio que es generalmente observado y acogido en los procesos laborales que adelantan lo trabajadores particulares ante la justicia ordinaria laboral, criterio que no es compartido por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, tal como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado en múltiple jurisprudencia, lo anterior en consonancia con las previsiones del artículo 167 del Código General del Proceso que establece que le corresponde a la parte que desea acreditar su dicho, aportar el material probatorio que lo demuestre.

Refirió que en el *sub examine* la demandante suscribió de manera libre y espontánea y sin coerción cada uno de los contratos de prestación de servicios celebrados con la entidad demandada y, en esa medida, ello implica el conocimiento previo de las condiciones de todo tipo, respecto de

esa clase de contratación, reconociendo con su aceptación el cumplimiento de un objeto contractual específico para cumplir los fines del Estado, como para pretender en esta instancia que se declare una relación laboral.

Afirmó que es claro que la demandante en su pleno conocimiento de las condiciones del contrato de prestación de servicios, asumía el pago de los valores correspondientes para cubrir los pagos de seguridad social, así como la obligación de rendir informes al supervisor del contrato y generar una serie de documentos a favor de la entidad, requeridos desde un principio en el documento contractual.

Concluye que los contratos de prestación de servicios suscritos entre la actora y la entidad demandada no fueron sin solución de continuidad, por el contrario como ella misma lo indica en su demanda trascurrieron entre uno y otro contrato 10 días y hasta 2 meses, por lo que no es posible atender a lo pretendido.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Inexistencia del derecho y la obligación reclamada: Manifestó que en el presente caso hay inexistencia de presupuestos fácticos y jurídicos para el reconocimiento de la prestación que la demandante aduce tener, en consecuencia al no existir un derecho concreto, palpable y cierto, su reclamo deviene de inexistente.

x) Genérica o innominada: Solicitó que se declare cualquier otra excepción que resulte demostrada en el curso del proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte demandante, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **5 de octubre 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, manifestando que se encuentra demostrado que la actora trabajó en la Oficina de Tesorería y Contabilidad de la Secretaría de Educación Distrital y conforme a lo indicado por los señores JESÚS ENRIQUE ARÉVALO NAVARRETE y RICARDO LÓPEZ, en sus declaraciones, ésta desempeñaba las mismas funciones que los empleados de planta o provisionales.

Adujo que dichos testigos fueron coincidentes en señalar que, no hubo interrupción en las funciones desempeñadas por la demandante, la cuales fueron desarrolladas en forma personal, en el equipo de tesorería y contabilidad, bajo la continua subordinación de los Jefes de esa área, tal como igualmente consta en los correos electrónicos que se aportaron al proceso, a través de los cuales se daban ordenes al personal de planta y a la señora Yenny Erica Montero Chaves como una funcionaria más.

Afirmó que el trabajo que desempeñaba la demandante fue permanente e indefinido en el tiempo, excediendo el carácter excepcional y temporal que caracteriza a las órdenes de prestación de servicios, sin que recibiera los factores salariales y prestaciones de ley que le corresponden a un empleo público con similares funciones a las que ella desempeñaba, asistiendo a capacitaciones y reuniones, cumplía horario, no tenía autonomía en el desarrollo de su trabajo y los elementos para el desarrollo del mismo eran suministrados por la Secretaría de Educación.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito aportado el **5 de octubre de la presente anualidad**, vía correo electrónico, solicitó que se nieguen las pretensiones del libelo demandatorio, como quiera que no se configuran los elementos de la relación laboral.

Indicó que del acervo probatorio que reposa en el expediente, no se logra probar la existencia de una relación subordinada, toda vez que las actividades contractuales en la prestación de los servicios deben ejecutarse dentro de unos presupuestos generales, para determinar si efectivamente se cumplieron las obligaciones pactadas.

Aludió que ni en sede administrativa ni en el libelo introductorio de la demanda, la parte actora acreditó cumplir con la carga probatoria de demostrar que las obligaciones contractuales que debía ejecutar, las cumplía también a título de funciones, un empleado de la planta de personal de la Secretaría de Educación, como para concluir que se estaba encubriendo una verdadera relación de trabajo.

Sostuvo que en el presente caso no se efectuó un juicio de comparación entre las obligaciones contractuales asumidas y ejecutadas por la actora y los empleos contenidos en el manual de funciones, como para concluir que las labores desarrolladas por aquella, correspondían a las de un cargo de planta.

Aunado a lo anterior, afirmó que de acuerdo con las obligaciones pactadas en cada uno de los contratos que suscribió la actora, aquellos fueron suscritos para el apoyo en la Secretaría de Educación.

Finalmente, reiteró los argumentos y normatividad expuestos en la contestación de la demanda y citó jurisprudencia que considera debe tenerse en cuenta en el caso bajo análisis.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a la excepción de **Inexistencia del derecho y la obligación reclamada** propuesta por el extremo demandado, 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 impide resolver de fondo el asunto, razón por la cual, será examinada junto con el objeto de la controversia.

Respecto a la **excepción genérica e innominada** se advierte que no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en este momento procesal.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1.Documentales.

5.2.1.2. Escrito elevado por la demandante el 12 de abril de 2018, 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 así mismo que se efectúen los ajustes de valor correspondientes.

5.2.1.3. Oficio No. S-2018-84203 del 4 de mayo de 2018, mediante el cual la Doctora Derly González Ariza, en su calidad de Directora Financiera de la Secretaría de Educación de Bogotá, negó lo solicitado por la accionante, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en la ley 80 de 1993.

5.2.1.4. Certificaciones expedidas por la Jefe de Contratos de la Secretaría de Educación Distrital, en las que consta los contratos de prestación de servicios que suscribió la demandante con la entidad, especificando la fecha de inicio y finalización.

5.2.1.5. Oficio No. I-2017-43269 del 24 de agosto de 2017, por el cual la demandante efectuó la devolución a la Dirección de Servicios Administrativos del carné de contratista.

5.2.1.6. Comunicaciones del 14 de marzo de 2008 y 13 de noviembre de 2015, a través de las cuales la señora Yenny Erica Montero Chaves informó al Subdirector de Programación y Seguimiento Presupuestal el disfrute de uno día por compensatorios, por el tiempo extra laborado y solicitó autorización al Jefe de la Oficina de Tesorería y Contabilidad para tomar medio día de compensatorio por las votaciones del 25 de octubre de 2015.

5.2.1.7. Correos electrónicos a través de los cuales la actora solicitaba permiso y se le daban las directrices sobre las funciones que desempeñaba.

5.2.1.8. Formatos expedidos por la Dirección de Dotaciones Escolares – Área de Administración de Bienes Inventario, en los cuales consta los elementos asignados a la demandante para el desarrollo de su labor.

5.2.1.9. Manual de funciones dispuesto por la entidad demandada a través de las Resolución No. 3950 del 7 de octubre de 2008 para los empleos de la planta global de Personal de la Secretaría de Educación Distrital, el cual fue modificado por la Resolución No. 1865 del 14 de octubre de 2015.

5.2.1.10. Medio magnético contentivo de los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes inmersas en el presente asunto, la justificación de los mismos, los certificados de disponibilidad, la hoja de vida de la actora, los informes de ejecución y supervisión de los contratos, la relación de pagos a la seguridad social y aportes parafiscales.

5.2.1.11. Oficio No. S-2019—229931 del 18 de diciembre de 2019, a través del cual la Jefe de la Oficina de Contratos de la Secretaría de Educación de Bogotá relacionó los contratos celebrados con la actora, indicando orden de contrato, vigencia, objeto, fecha de inicio y terminación.

5.2.1.12. Medio magnético contentivo de las solicitudes de ordenación de contratación suscritas por la Directora Financiera y la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá, de los estudios y documentos previos para la contratación directa, por prestación de servicios profesionales, para apoyo a la gestión o para la ejecución de trabajos artísticos y certificados de disponibilidad presupuestal.

5.2.2. Testimoniales:

5.2.2.1 Declaraciones rendidas el 21 de septiembre de 2021, por los señores JESÚS ENRIQUE ARÉVALO NAVARRETE y RICARDO LÓPEZ, ante este Despacho por medio de la plataforma Microsoft teams y acta contentiva de dicha diligencia.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 6 de noviembre de 2019, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora Yenny Erica Montero Chaves tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral, durante el tiempo que estuvo bajo la modalidad de prestación de servicios en la Secretaría de Educación de Bogotá y, en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones sociales que se le adeudarían en virtud de dicho vínculo laboral.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...*”, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Artículo 2. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones¹. (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.

Artículo 7°.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

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 3° del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

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.

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 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.*

³ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

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 B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección 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).

Posteriormente, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

*95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.*

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público

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 quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «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».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la

actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. **i) El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. **ii) El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el

interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en canto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora YENNY ERICA MONTERO CHAVES 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 Secretaría de Educación de Bogotá.

Por su parte, la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante el Oficio No. S-2018-84203 del 4 de mayo de 2018, señaló que a la demandante no le asiste el derecho a lo reclamado, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos

contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

Igualmente, señaló que la contratación de la demandante fue con un plazo de ejecución definido y, en ese sentido, no generaba compromiso u obligación por parte de la entidad demandada de mantener renovados los contratos en forma indefinida.

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 del oficio S-2019-229931 del 18 de diciembre de 2019, suscrito por la Jefe de Oficina de Contratos de la Secretaría de Educación de Bogotá, quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios, de la siguiente forma:

No. Orden / Contrato	Vigencia	Objeto	Fecha de Inicio	Fecha de Terminación	Valor contrato	Plazo (días)
1186	2006	BRINDAR APOYO TÉCNICO PARA REALIZAR EL SEGUIMIENTO PRESUPUESTAL A LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS DEL PLAN SECTORIAL DE EDUCACION 2004-2008 Y EL PLAN DE DESARROLLO DE LA CIUDAD	7-12-2006	7-05-2007	\$ 5.381.250	150
543	2007	BRINDAR APOYO TÉCNICO Y OPERATIVO PARA LA EJECUCION, MONITOREO Y SEGUIMIENTO PRESUPUESTAL A LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS DEL PLAN SECTORIAL DE EDUCACION 2004-2008 Y EL PLAN DE DESARROLLO DE LA CIUDAD.	5-06-2007	5-04-2008	\$ 11.300.000	240
324	2008	APOYAR TÉCNICA Y OPERATIVAMENTE EN EL MONITOREO Y SEGUIMIENTO DE LOS ASPECTOS PRESUPUESTALES DE LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS DE INVERSION DE LA SECRETARIA DE EDUCACION.	12-05-2008	11-02-2009	\$ 12.150.000	270
498	2009	APOYAR TÉCNICA Y OPERATIVAMENTE EN EL MONITOREO Y SEGUIMIENTO DE LOS ASPECTOS PRESUPUESTALES DE LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS DE INVERSION DE LA SECRETARIA DE EDUCACION	24-02-2009	23-07-2010	\$ 23.868.000	360
1197	2010	PRESTAR APOYO TÉCNICO Y OPERATIVO EN LOS PROGRAMAS DE INFORMACION QUE MANEJA LA ENTIDAD PARA LA VERIFICACION Y ACTUALIZACION DE LOS SISTEMAS PRESUPUESTALES Y LOS PROCESOS DE PLANEACION Y SEGUIMIENTO DE LA GESTION DEL PROYECTO.	30-07-2010	28-02-2011	\$ 11.200.000	210
903	2011	PRESTAR APOYO TÉCNICO Y OPERATIVO EN LOS PROGRAMAS DE INFORMACION QUE MANEJA LA ENTIDAD PARA LA VERIFICACION Y ACTUALIZACION DE LOS SISTEMAS PRESUPUESTALES Y LOS PROCESOS DE PLANEACION Y SEGUIMIENTO DE LA GESTION DEL PROYECTO.	7-03-2011	30-01-2012	\$ 20.520.000	240
1263	2012	PRESTAR APOYO TÉCNICO Y OPERATIVO EN LOS PROGRAMAS DE INFORMACION QUE MANEJA LA	2-02-2012	30-03-2012	\$ 3.800.000	60

Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá
Expediente No. 2018-00379-00

		ENTIDAD PARA LA VERIFICACION Y ACTUALIZACION DE LOS SISTEMAS PRESUPUESTALES Y LOS PROCESOS DE PLANEACION Y SEGUIMIENTO DE LA GESTION DEL PROYECTO.				
2381	2012	APOYAR TÉCNICA Y OPERATIVAMENTE EN EL MONITOREO Y SEGUIMIENTO A LA INFORMACION DE TESORERIA Y CONTABLE PARA LOS FONDOS DE SERVICIOS EDUCATIVOS DE LA SECRETARIA DE EDUCACION Y DE LA SED.	3-05-2012	2-02-2013	\$ 22.500.000	270
775	2013	PRESTAR APOYO PROFESIONAL PARA EL MONITOREO ANALISIS Y SEGUIMIENTO CONTABLE Y DE TESORERIA DE LOS FONDOS DE SERVICIOS EDUCATIVOS Y DE LA SED.	7-02-2013	6-12-2013	\$ 38.500.000	330
472	2014	PRESTAR APOYO PROFESIONAL A LA OFICINA DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL EN LOS TEMAS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD DE TESORERIA Y DE CONTABILIDAD DE LA ENTIDAD.	16-01-2014	15-12-2014	\$ 40.040.000	330
1773	2015	PRESTAR APOYO PROFESIONAL A LA OFICINA DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL EN LOS TEMAS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA ENTIDAD.	16-03-2015	30-01-2016	\$ 40.934.775	315
368	2016	PRESTAR APOYO PROFESIONAL A LA OFICINA DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL EN LOS TEMAS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA ENTIDAD.	2-02-2016	15-03-2016	\$ 6.023.260	45
1605	2016	PRESTAR APOYO PROFESIONAL A LA OFICINA DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL EN LOS TEMAS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA ENTIDAD.	16-03-2016	30-06-2016	\$ 14.054.275	105
2791	2016	PRESTAR APOYO PROFESIONAL EN LA OFICINA DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL EN LOS TEMAS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD DE TESORERIA Y DE CONTABILIDAD DE LA ENTIDAD.	22-07-2016	31-12-2016	\$ 21.282.187	180
247	2017	PRESTAR APOYO PROFESIONAL A LA OFICINA DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL EN LOS TEMAS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD DE TESORERIA Y DE CONTABILIDAD DE LA ENTIDAD.	20-01-2017	3-06-2017	\$ 18.792.572	135
2263	2017	PRESTAR APOYO PROFESIONAL A LA OFICINA DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL EN LOS TEMAS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD DE TESORERIA Y CONTABILIDAD DE LA ENTIDAD.	1-08-2017	22-08-2017	\$ 25.056.762	180

En este sentido, se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios en la Secretaría de Educación de Bogotá, a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios personales suscritos desde el 7 de diciembre de 2006 hasta el 22 de agosto de 2017, **de forma interrumpida**, cuyos objetos contractuales en términos generales estaban encaminados a: **i)** elaborar certificados de registro y disponibilidad presupuestal; **ii)** generar informes de los aplicativos presupuestales de la Dirección Financiera – Subdirección de Programación y Seguimiento Presupuestal de la Secretaría de Educación; **iii)** ingresar actas de anulación de las reservas presupuestales a los aplicativos “*Predis y Apoteosys*”; **iv)** responder por el archivo físico de los documentos presupuestales, **v)** elaborar indicadores de gestión de los documentos presupuestales, **vi)** apoyar el cierre presupuestal, **vii)** actualizar la información en la red con los saldos diarios de la ejecución, **viii)** cargue y seguimiento de los indicadores de gestión de los documentos presupuestales; **ix)** apoyo técnico y operativo en la programación de información y seguimiento de los recursos transferidos a los colegios a través del proyecto de gratuidad total en el distrito, los

cuales requieren de incorporación de la información, actualización y reportes constantes, con el fin de llevar a fin los procesos presupuestales y su ejecución; **x)** atención a los requerimientos presentados en la dirección financiera, brindando apoyo y soporte funcional a la oficina de tesorería y contabilidad en todas las actividades relacionadas con el procedimiento de trámite de cuentas, estados de cuenta, evaluación a indicadores financieros, **xi)** prestar apoyo al proceso tributario en la liquidación y revisión de las órdenes de pago generadas en las cuentas de los contratistas y proveedores de la entidad desde el reconocimiento inicial de las transacciones hasta su validación y consolidación, **xii)** suministrar información física y virtual sobre los pagos que realizaba la entidad, conforme a los requerimientos de los usuarios internos y externos.

Sobre el particular, el señor Jesús Enrique Arévalo Navarrete en la declaración rendida ante este Despacho el 21 de septiembre de 2021, respecto a las funciones que desempeñaba la actora, señaló que i) realizaba la liquidación de pagos a contratista y a proveedores del grupo de liquidación, ii) asignaba el radicado de la cuentas, iii) generaba órdenes de pago y las asignaba en la hoja de ruta y iv) efectuaba el control y el informe de los pagos para final de mes.

Por su parte, el señor Ricardo López al rendir testimonio en la misma fecha indicó que la actora hacía parte el grupo de trabajo de liquidadores y refirió que desarrollaba la función de causar las cuentas para los pagos, en el programa “Apoteosys”.

Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se incorporó en las cláusulas décima y undécima de los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión del contrato sin contar con la autorización previa de la entidad.

Al respecto, los mencionados deponentes fueron coincidentes en señalar que la actora desarrollaba sus funciones en la oficina de contabilidad asignada para el efecto, pues el software con el que trabajaba solo podía usarse en la entidad demandada.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los contratos de prestación de servicios se estableció que la contratista realizaría su actividad con absoluta autonomía e independencia y en desarrollo de la misma no se generaría vínculo laboral alguno entre las partes; sin embargo, en los contratos de prestación de servicios se plasmó que la demandante estaba bajo la supervisión del Jefe de la oficina de presupuesto y del Jefe de la oficina de Tesorería y Contabilidad.

Ahora bien, el señor Jesús Enrique Arévalo Navarrete, en la declaración que rindió, señaló que la actora estaba bajo la subordinación del jefe de la Oficina de Tesorería quien impartía órdenes a todos los que trabajaban en esa dependencia sin distinguir entre contratistas y personal de planta, - grupo en el que se encontraba- el cual les daba las instrucciones y coordinaba todo el trabajo de esa área y las actividades que se realizaban a diario; igualmente señaló que los jefes de la actora fueron María Cecilia Gaitán, Andrés Pulgarín Ortega, José del Carmen y el último Rubén Dario Carvajal.

Así mismo, de la declaración del deponente se evidencia que las labores desempeñadas por la demandante implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia. Al respecto, señaló que la señora Yenny Erica Montero Chaves: i) debía rendir informes y gestión de resultados ante su jefe, ii) cumplía un horario de 7:00 am hasta las 4:30 pm, ii) tenía control de entradas y salidas, iii) asistía a reuniones para el control de las actividades desarrolladas, aspectos que también debían cumplir los empleados de planta del grupo de liquidaciones y pagos del área de tesorería iv) los equipos de trabajo eran suministrados por la Secretaría de Educación, tales como el escritorio, el computador, la impresora y el teléfono y v) le fue asignado un carné que la identificaba para el ingreso a dicha entidad.

Por su parte, el señor Ricardo López sostuvo que a la actora al igual que él, -que era de planta- i) tenía un jefe, el cual en un tiempo fue María Cristina, luego Andrés y por último fue Rubén Carvajal, quienes eran los encargados

del seguimiento de que cada persona sacara la cuota mínima y trabajara de forma equitativa, ii) tenía un horario de 8 horas y en diciembre eran 10, 12 o 16 horas, pero por lo general era de 7:00 am hasta las 4:30, 5:30 y 6:30pm, iii) se le asignó un computador con la base datos, un perfil y una contraseña, iv) tenía un carné que la identificaba y luego le fue asignado un pin para crear horarios por un tiempo, v) debía asistir a las capacitaciones de actualización de normatividad tributaria, pero no podía firmar y vi) debía informar al jefe o al director de Tesorería si necesitaba ausentarse de su lugar de trabajo por un siniestro o alguna calamidad.

A su vez, obran en el plenario los pantallazos de los correos electrónicos que le eran enviados a la actora por los jefes de las Oficinas de Planeación, Presupuesto y Tesorería y Contabilidad con las directrices para el desarrollo de las actividades asignadas, requerimientos sobre la labor desempeñada y para la citación de capacitaciones.

Así mismo, se encuentran acreditados los elementos que fueron asignados y registrados bajo la responsabilidad de la señora Yenny Erica Montero Chaves, los cuales quedaron consignados en las planillas de inventario del Área de Administración de Bienes obrantes en el expediente.

De otro lado, en los documentos que contienen la descripción de la necesidad que se pretendía satisfacer con los contratos de prestación de servicios suscritos con la demandante y la conveniencia de los mismos, emitidos por Subdirectora Financiera de la Secretaría de Educación, se justificó la contratación, por las siguientes razones:

- Que una de las prioridades de la Secretaría de Educación Distrital en el Marco del Plan de Desarrollo “*Bogotá Mejor para todos 2016-2019*”, es fortalecer la gestión de los niveles central, local e institucional de la entidad a través de la implementación articulada y efectiva de herramientas y estrategias que le permitan desarrollar un mejor ejercicio de planeación, ejecución y control de los diferentes programas, planes y proyectos que se adelantan para la consolidación del cierre de la vigencia y el inicio de la siguiente.

- La Dirección de Tesorería tiene dentro de sus áreas la oficina de Tesorería y Contabilidad y necesita contar con personal profesional de apoyo a la gestión administrativa de la Secretaría de Educación, a la Dirección Financiera y sus Jefaturas en los procesos de liquidación de pagos de contratistas y proveedores de la SED en los sistemas OPGET Y APOTEOSYS, actividad para la que se deben diseñar los mecanismos para el cumplimiento de los principios establecidos para el trámite oportuno de los pagos que radiquen ante la oficina de tesorería y contabilidad, igualmente se requiere que dichos trámites sean desarrollados de manera ágil y eficiente para atender de manera oportuna las necesidades de la entidad en materia de pagos, de acuerdo a sus fuentes de financiación y descuentos de ley según el caso.
- Las actividades que desarrolla la Dirección Financiera deben reforzarse para alcanzar los objetivos propuestos, para lo cual se necesita de apoyo profesional para el desarrollo de los procesos y especiales actividades que adelanta la oficina de Tesorería y Contabilidad, mientras se automatiza el proceso de radicación, liquidación y pago de proveedores y contratistas de las SED.
- Como consecuencia de lo anterior se solicita la autorización para contratar los servicios de un profesional para apoyar la Dirección financiera en todas las etapas que allí se adelantan.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por la actora por más de **10 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 y 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 Yenny Erica Montero Chaves y la Secretaría de Educación de Bogotá, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual, se pagaba en el primer mes después de firmada el acta de inicio con la certificación expedida por el interventor y pagos mensuales iguales vencidos, previa certificación de cumplimiento de servicios por parte del mismo o presentación de informe de obligación y certificación del Supervisor.

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 de apoyo profesional en la oficina de tesorería y contabilidad de la Secretaría de Educación de Bogotá para la ejecución, monitoreo y seguimiento presupuestal a los programas y proyectos del plan sectorial de educación, 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 la Oficina de Tesorería y Contabilidad de la Dirección Financiera de la Secretaría de Educación de Bogotá, a la cual prestaba sus servicios.

Ahora bien, la Doctora Patricia Cecilia Daza Marrugo, Jefe de la Oficina de Contratos de la Secretaría de Educación en el oficio S-2019-229931 del 18 de diciembre de 2019, indicó que en los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora se estableció la ausencia de la relación laboral, teniendo en cuenta la absoluta autonomía e independencia en la ejecución, por lo que el manual de funciones no aplica para ese tipo de contratación.

Sin embargo, el apoderado de la entidad demandada mediante escrito del 17 de febrero de 2020, aportó en medio magnético el manual de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta global de Personal Administrativo de la Secretaría de Educación Distrital adoptado mediante la Resolución No. 3950 del 7 de octubre de 2008, modificada por la Resolución No. 1865 del 14 de octubre de 2015, en la que se evidencia que en el nivel profesional está relacionado el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 18, el cual tiene el siguiente propósito y funciones:

MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES	
I. IDENTIFICACION	
NIVEL:	Profesional
DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	Profesional Universitario
CODIGO:	219
GRADO:	18
NÚMERO DE CARGOS	162
DEPENDENCIA	Oficina de Tesorería y Contabilidad
CARGO DEL JEFE INMEDIATO	Jefe de Oficina de Tesorería y Contabilidad
NATURALEZA DEL CARGO	Carrera administrativa
OFICINA DE TESORERIA Y CONTABILIDAD	
II. PROPOSITO PRINCIPAL	
Apoyar el manejo contable de las operaciones financieras de la Secretaría Distrital de Educación, de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia.	
III. FUNCIONES	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Administrar el proceso de Cuentas por pagar de contratistas y proveedores, realizando o coordinando su ejecución, de todos los procesos, subprocesos y procedimientos involucrados, desde la recepción hasta la autorización de pago, de acuerdo con las normas generales y el manual de procedimientos de la Entidad. 2. Hacer el manejo contable de la nómina, realizando o coordinando su ejecución, de todos los procesos, subprocesos y procedimientos involucrados, desde la recepción de novedades y soportes hasta la autorización de pago, de acuerdo con las normas generales y el manual de procedimientos de la Entidad. 3. Hacer el manejo de la información de pagos y descuentos tributarios a contratistas y generar los informes que se deban presentar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Dirección de Impuestos Distritales en los términos legales exigidos y los certificados de impuestos y retenciones a los proveedores y contratistas. 4. Verificar que los estados contables cumplan con las normas legales vigentes y los procedimientos establecidos por la Secretaría de Educación Distrital y la Secretaría de Hacienda, identificando si hay inconsistencias para corregirlas y preparar los informes con sus soportes para el respectivo análisis y firmas correspondientes. 5. Orientar y apoyar al Ordenador del Gasto, Contadores y auxiliares administrativos que apoyan la gestión financiera en los colegios, en el cumplimiento del manejo contable de los Fondos de Servicios Educativos de las localidades que sea asignadas por el superior inmediato y consolidar los estados Contables de las mismas localidades. 6. Realizar todas las operaciones contables que los procesos financieros requieren, de acuerdo con las normas contables, presupuestales, tributarias, administrativas y jurídicas que apliquen a la SED, y a los procedimientos propios de la Entidad. 7. Preparar la información financiera para el comité de dirección y comité financiero de conformidad a los parámetros establecidos por el Jefe de la Oficina. 8. Realizar el seguimiento y control a las operaciones contables y elaborar los informes periódicos mostrando el estado de la gestión realizada, la consistencia de los valores conciliados en las operaciones que lo requieran y los resultados al cierre de periodo o vigencia. 9. Mantener actualizada y responder por la información de los diferentes aplicativos que maneja la Oficina, elaborar informes estadísticos, de gestión y análisis financieros estándares. 	

En ese sentido, se evidencia que las labores que desempeñó la demandante de brindar apoyo profesional para realizar el seguimiento presupuestal, las ejercen empleados de planta de la entidad; sin embargo, como quedó

sentado en los contratos de prestación de servicios y en las justificaciones de los mismos, para el correcto desarrollo de su **objeto misional** fue necesario la contratación de la señora Yenny Erica Montero Chaves, debido a la falta de personal de la Secretaría de Educación de Bogotá.

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 **Profesional Universitario Código 219 Grado 18**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre la Secretaría de Educación de Bogotá y la señora Yenny Erica Montero Chaves, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que haya lugar, debidamente indexadas 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 Secretaría de Educación de Bogotá, 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 emolumentos⁶, 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 pensión⁷.”

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”.

5.4. De las prestaciones sociales

5.4.1. Pago del concepto de 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

⁶ 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”.

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 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%”.

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 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.

5.4.2. Cesantías, intereses y sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en Sentencia del 6 de octubre de 2016, señaló:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, **el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.** En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a 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.

5.4.1. 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.

5.5. De la prescripción.

Con el objeto de estudiar de oficio la excepción de prescripción, es menester precisar que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el 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. 23001-23-33-000-2013-00260-01⁸, según la cual “... **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**, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto 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), que dispuso que “... *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*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de**

⁸ Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

2021, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

“3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer

lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...)”.

Y más adelante, agregó:

“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos **dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual**. (Negritillas del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se reitera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, **se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.**

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de conformidad con las certificaciones obrantes en el expediente expedidas por la Jefe de la Oficina de Contratos de la Secretaría de Educación de Bogotá y el Oficio S-2019-229931 del 18 de diciembre de 2019, proferido por la Jefe de la Oficina de Contratos de dicha entidad, en el caso que nos ocupa los contratos fueron celebrados así:

Del 7 de diciembre de 2006 al 7 de mayo de 2007

Del 5 de junio de 2007 al 5 de abril de 2008

Del 12 de mayo de 2008 al 11 de febrero de 2009

Del 24 de febrero de 2009 al 23 de julio de 2010

Del 30 de julio de 2010 al 28 de febrero de 2011

Del 7 de marzo de 2011 al 30 de enero de 2012

Del 2 de febrero de 2012 al 30 de marzo de 2012

Del 3 de mayo de 2012 al 2 de febrero de 2013

Del 7 de febrero de 2013 al 6 de diciembre de 2013

Del 16 de enero de 2014 al 15 de diciembre de 2014

Del 16 de marzo de 2015 al 30 de enero de 2016

Del 2 de febrero de 2016 al 15 de marzo de 2016

Del 16 de marzo de 2016 al 30 de junio de 2016

Del 22 de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2016

Del 20 de enero de 2017 al 3 de junio de 2017

Del 1 de agosto de 2017 al 22 de agosto de 2017

Como puede verse, entre uno y otro de los contratos de prestación de servicios, existen lapsos de interrupción en los que la demandante no prestó sus servicios por más de treinta (30) días hábiles a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, de modo tal, que se genera interrupción que desvirtúa la permanencia en el servicio.

Así las cosas, en consideración a que la demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del **12 de abril de 2018** y que entre el contrato que finalizó el 15 de diciembre de 2014 y el que inició el 16 de marzo de 2015, existió una interrupción de más de treinta (30) días, los contratos celebrados con anterioridad al **15 de diciembre de 2014**, 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 16 de marzo de 2015 al 30 de enero de 2016
- Del 2 de febrero de 2016 al 15 de marzo de 2016
- Del 16 de marzo de 2016 al 30 de junio de 2016
- Del 22 de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2016
- Del 20 de enero de 2017 al 3 de junio de 2017
- Del 1 de agosto de 2017 al 22 de agosto de 2017

5.6. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por la parte actora al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por el contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“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”.*

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

“3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas

independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal**” (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que es improcedente el reembolso de los aportes a salud que el contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a salud que efectuó la demandante en su calidad de contratista de la Secretaría de Salud de Bogotá, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema sanitario.

5.7. De los aportes no efectuados por el contratante al Sistema General de Pensiones.

Sobre el particular, es menester precisar que en la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, se dispuso:

“De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones de la actora la suma faltante por concepto de aportes, pero solo el en el porcentaje que le correspondía como empleador, con

fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados.

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 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 YENNY ERICA MONTERO CHAVES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.875.814 de Bogotá y la Secretaría de Educación de Bogotá.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del Oficio No. S-2018-84203 del 4 de mayo de 2018, por medio del cual la Directora Financiera del Secretaría de Educación de Bogotá, le negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

TERCERO. A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. – SECRETARIA DE EDUCACIÓN a **RECONOCER Y PAGAR** a la señora YENNY ERICA MONTERO CHAVES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.875.814 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, 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 16 de marzo de 2015 al 30 de enero de 2016
- Del 2 de febrero de 2016 al 15 de marzo de 2016
- Del 16 de marzo de 2016 al 30 de junio de 2016
- Del 22 de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2016
- Del 20 de enero de 2017 al 3 de junio de 2017
- Del 1 de agosto de 2017 al 22 de agosto 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:

$$R = \text{R.H.} \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

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.

CUARTO. ORDENAR a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. – SECRETARIA DE EDUCACIÓN a **EFFECTUAR** las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado por la señora YENNY ERICA MONTERO CHAVES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.875.814 de Bogotá, **salvo sus interrupciones**, tomado el ingreso base de cotización o IBC pensional de ésta, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes. De existir diferencias entre los aportes dados y los que se debieron realizar, **COTIZAR** la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Lo anterior, una vez la parte actora acredite las cotizaciones que realizó a los mencionados sistemas, durante sus vínculos contractuales y en la

eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

QUINTO. Sin costas a cargo de la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. – SECRETARIA DE EDUCACIÓN BOGOTÁ D. C. –SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

SEXTO. Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. 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

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

NOVENO. 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

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 035 de hoy 10 de diciembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA DOLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
Bogotá, D.C. - 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:

**ba1fa6c024979827f3314cba3a7143f523c4ece22abb85dc6
2885062ef17e44b**

Documento generado en 05/12/2021 08:08:01 PM

**Valide este 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., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-**2019-00042-00**
Demandante: BLANCA YANETH SAENZ
Demandada: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **BLANCA YANETH SAENZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.741.132, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la nulidad del Oficio 18-163531 del 19 de junio de 2018, expedido por la Secretaría General de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de las diferencias generadas a partir de la Reserva especial de Ahorro en la liquidación correspondiente a: la bonificación por recreación, la prima de actividad, los viáticos, horas extras y la prima por dependientes; así como de la Resolución No.53569 del 30 de julio del mismo año, mediante la cual dicha Secretaría confirmó en todas sus partes el Oficio anterior.

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

- i) Cancelar la diferencia o reajuste generados al omitir la reserva especial del ahorro como parte integral de la asignación básica mensual devengada retroactivamente y hasta cuando se haga efectivo tal reconocimiento por parte de la mencionada entidad, relacionada con los conceptos de prima por dependientes, prima de actividad, bonificación por recreación, horas extras y viáticos.
- ii) Realizar, sobre el valor antedicho, la indexación o el reajuste del valor, en observancia del principio de equidad contemplado en el artículo 230 de la Constitución Política.
- iii) Pagar los intereses moratorios a la tasa comercial a que haya lugar, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 192 y el numeral 4 del artículo 195 del C. P. A. C. A.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Para el pago de las prestaciones económicas se adoptó el Acuerdo 040 del 13 de noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades (Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades), cuyo objeto fue el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, médicos asistenciales y el otorgamiento de servicios sociales consagrado a favor de sus afiliados, entre ellos, los empleados de la Superintendencia de Industria y Comercio.

1.2.2. Por medio del Decreto 1695 del 27 de junio de 1997, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 30 de la Ley 344 de 1998, suprimió la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades.

1.2.3. La entidad demandada ya había emitido varios conceptos sobre el tema relacionado con la reserva especial del ahorro reconociendo a dicha

reserva su carácter de salario, sin perjuicio de lo cual, decidió excluirla al momento de realizar los pagos por concepto de bonificación por recreación, prima de actividad, viáticos y prima por dependientes.

1.2.4. El 14 de junio de 2018, la actora solicitó ante la entidad demandada, el reconocimiento de su derecho y, en caso negativo, se explicaran las razones

1.2.5. El 19 de junio de 2018, la Secretaria General de la entidad demandada contestó la anterior petición, proponiendo un acuerdo conciliatorio, según la posición adoptada por el Comité de Conciliaciones de dicha entidad, así: i) que la convocante desista de los intereses e indexación correspondientes a la prima por dependientes; ii) que sólo reconocerán los tres años precedentes a la fecha de presentación de la petición; y iii) que el funcionario desiste de cualquier acción legal basada en los mismos hechos que dieron origen a la reclamación o por otras pretensiones que den origen a una acción legal en contra de la demandada.

1.2.6. El 10 de julio de 2018, la actora presentó recurso de reposición y, en subsidio, de apelación en contra del anterior pronunciamiento, por considerar ilegal alguno de los puntos señalados.

1.2.7. El 30 de julio de 2018, la Secretaría General de la entidad demandada expidió la Resolución No. 53569, mediante la cual confirmó su decisión contenida en el Oficio No. 18-163531 del 19 de junio de 2018, notificada por aviso el 29 de agosto de 2018.

1.2.8. El 1 de noviembre de 2018, se radicó ante la Procuraduría General de la Nación delegada para la Conciliación en Asuntos Administrativos, solicitud de conciliación.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos el artículo 53 de la Constitución Política, los artículos 21 y 27 del Código Sustantivo del Trabajo, el Acuerdo 040 de 1991 –hoy Decreto 1695 de 1997–, así como el principio de favorabilidad y aplicación de la ley.

Señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio basó su respuesta en el Concepto No. 2007EE556 del 09 de mayo de 2007, del Departamento Administrativo de la Función Pública, con lo cual desconoció el mandato constitucional contenido en el artículo 53 de la Constitución Política pues, ante el conflicto que se debate, la entidad demandada debió aplicar, a favor de la demandante las decisiones contenidas en varias sentencias del Consejo de Estado, que se ocupó de citar, las cuales le otorgaron el carácter de salario –y no de factor salarial– a la reserva especial de ahorro, de manera que, si la Superintendencia albergaba duda al respecto, debía aplicar de manera integral el principio de favorabilidad.

Afirma que la entidad demandada violó el inciso segundo del artículo 59 del Acuerdo 040 de 1991, hoy Decreto 1695 de 1997, toda vez que este menciona claramente que para la liquidación de las primas allí reconocidas se tendrá, además del salario, la reserva especial de ahorro.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **6 de junio de 2019**, que obra a folios 49 a 55 del plenario, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que las decisiones contenidas en los actos demandados se ajustan a derecho y, en ese sentido, no se quebrantan las disposiciones legales a que se refiere la demandante.

Aduce que la entidad que representa viene realizando los pagos a sus servidores y/o ex servidores, conforme lo ordena la Ley, con el presupuesto aprobado o, en su defecto, en cumplimiento a las distintas sentencias; sin embargo, éstas últimas son inter partes y, por tanto, sus efectos no se pueden extender a quienes no demandaron.

De otra parte, la entidad demandada propuso las siguientes excepciones:

i) Inexistencia de los cargos de nulidad propuestos - legalidad de los actos administrativos expedidos: Señala que la prima por dependientes

es una prestación complementaria y no retribuye de manera directa los servicios que presta el funcionario, por lo que para su liquidación se debe obedecer a lo dispuesto en el artículo 33 del Acuerdo 040 de 1991, esto es, que su porcentaje se liquide únicamente sobre el concepto de salario básico y/o asignación básica, tal como lo viene haciendo la entidad desde siempre y así, su reconocimiento y pago seguirá, indudablemente, ajustado a la Ley y a la Constitución.

Afirma que respecto de la prima de alimentación solo la Junta Directiva de la extinta Corporación tenía competencia para fijar su valor, el cual corresponde a la suma de \$29.000 pesos m/cte., la cual se viene liquidando y pagando a la demandante, sin que se contemple, en las normas que la regulan, la indexación de la misma.

Manifiesta que los aportes a seguridad social que ha efectuado la Superintendencia de Industria y Comercio, también se encuentran ajustados a derecho, ya que en ellos se incluyó, por expresa disposición legal, el porcentaje correspondiente a la Reserva Especial de Ahorro.

ii) Apego al principio de legalidad: Sostuvo que la liquidación de los derechos salariales y prestacionales de los servidores públicos, incluidos los de la entidad, deben estar expresamente previstos en la ley y/o en el reglamento, en cuanto su base y periodicidad y, por ello, no es posible ni procedente hacer una aplicación extensiva por analogía de otras normas, pues conduciría a una extralimitación en las funciones.

iii) Prescripción: Solicita que se declare la prescripción, en lo que se refiere a derechos prestacionales causados con más de 3 años de anterioridad a la fecha en que la respectiva obligación se hizo exigible, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Por su parte, la apoderada de la actora, mediante escrito radicado el **1 de agosto de 2019**, recorrió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora mediante escrito remitido el **4 de noviembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión ratificándose en los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, en el sentido de indicar que lo que se pretende en la demanda es que los conceptos reclamados se reliquiden teniendo en cuenta la asignación básica más la reserva especial de ahorro, esto es, lo que devenga mes a mes la funcionaria como contraprestación a su servicio, afirmando que a esa conclusión ha llegado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en numerosos fallos. Lo anterior, además atiende a que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria fija o variable, sino todo lo que percibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma de denominación que adopte, según las voces del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señaló que, de conformidad con el artículo 58 del Acuerdo 040 del 13 de noviembre de 1991, los empleados de la Superintendencia mensualmente devengaban la asignación básica que cancelaba en forma directa y un 65% de ésta, pagado por Corporanóminas. En consecuencia, constituyendo salario ese 65% pagado mensualmente a la funcionaria por Corporanóminas, ha debido tenerse en cuenta para liquidarle la bonificación, ya que equivale a asignación básica mensual.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, mediante Oficio No. **18-154865-60 del 10 de noviembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día, presentó escrito de alegatos de conclusión, manifestando el ánimo conciliatorio que existe por parte de la entidad para reconocer la reserva especial del ahorro como factor salarial; no obstante, lo anterior, solicitó no acceder a las pretensiones deprecadas en el libelo demandatorio, por cuanto el artículo 33 del Acuerdo 40 de 1991, determinó que la prima por dependientes, se liquida en un porcentaje equivalente al 15% del sueldo básico, fijado año por año por el Gobierno Nacional, a través de decretos para los servidores del Estado; luego, la Reserva Especial del Ahorro, podría constituir salario y, en ese sentido, lo ha reconocido la

entidad e incluso varios fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero nunca se tendrá como sueldo o asignación básica para efectos de liquidar sobre ésta el porcentaje correspondiente a la prima por dependientes.

De otra parte, anota que, si bien en algunas sentencias de segunda instancia se ha ordenado que se tenga en cuenta la Reserva Especial del Ahorro para efectos de reliquidar algunas prestaciones contenidas en el referido acuerdo, ello no ha obedecido a que dichas prestaciones correspondan a emolumentos que retribuyen de manera directa los servicios que presta el funcionario público.

Señala que la prima por dependientes es un beneficio extralegal que no tiene por objeto retribuir los servicios que presta el servidor, pues es una prestación social que se reconoce y paga como complemento y como ayuda al funcionario, cuando tiene personas que dependan económicamente y que, además, reúnan los requisitos establecidos en el Acuerdo 040 de 1991, expedido por la Junta Directiva de la extinta Corporación.

Finalmente indicó que la liquidación de los derechos salariales y prestacionales de los servidores públicos debe estar expresamente prevista en la Ley y/o en el reglamento, en cuanto su base y periodicidad y por lo tanto no es procedente la aplicación extensiva por analogía de otras normas, pues ello puede conducir a una extralimitación en las funciones.

4.3. Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público, dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

Mediante correo electrónico del **23 de noviembre de 2020**, el extremo pasivo de la controversia allegó al Despacho la Certificación expedida por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación de la Superintendencia de

Industria y Comercio, en la cual consta que a la entidad le asistía ánimo conciliatorio, respecto a la inclusión de la Reserva Especial del Ahorro como parte integral de la asignación básica de la demandante, a efectos de liquidar los conceptos de la prima por dependientes, bonificación por recreación y la prima de actividad, objeto del presente asunto. Sin embargo, de la lectura de la liquidación que sustentó el acuerdo conciliatorio, se evidenció que, para dicho propósito, la entidad tomó los años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, vigencias que no correspondían al parámetro establecido por el Comité de Conciliación de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por lo anterior, este Despacho requirió a la entidad demandada para que aclarara y certificara la razón por la cual tomó los años 2015 al 2020, para liquidar el reajuste de la prima por dependientes, la bonificación por recreación y la prima de actividad de la demandante, incluyendo la reserva especial del ahorro, efecto para el cual se solicitó adjuntar el Acta del Comité de Conciliación de la entidad que dispusiera el reconocimiento de tales periodos, requerimiento que se hicieron a través de autos del 28 de enero, 22 de abril y 1° de julio, todos de 2021, sin que dicha parte allegara la aludida acta, razón por la cual correspondía al Despacho continuar con la presente actuación, pues no podía impartir aprobación a un acuerdo conciliatorio cuyo respaldo para ciertos años no obra en el expediente.

5.2. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a las excepciones **de inexistencia de los cargos de nulidad propuestos - legalidad de los actos administrativos expedidos y apego al principio de legalidad**, 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 en ninguna manera constituyen excepciones de mérito que impidan al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

En cuanto a la excepción de **prescripción** el Despacho advierte que será resuelta en el evento de prosperar las súplicas de la demanda.

5.3. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación que fundamenta los hechos y pretensiones:

5.3.1. Constancia de los valores de la asignación básica mensual para los empleos desempeñados por la actora, para los años 2013 a 2018, expedida por la Coordinadora del Grupo de Trabajo del Talento Humano de la entidad demandada el 10 de septiembre de 2018 (Fl. 3).

5.3.2. Certificación de conceptos liquidados y pagados a la actora durante el período comprendido entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2018, expedida el 17 de septiembre de 2018 (Fl. 4).

5.3.3. Derecho de petición No. 18-163531 del 14 de junio de 2018, a través del cual la actora solicitó ante la Superintendencia de Industria y Comercio, el reconocimiento y pago de las diferencias generadas al omitirse la Reserva Especial del Ahorro en la liquidación de la bonificación por recreación, la prima de actividad, los viáticos, horas extras y la prima por dependientes (Fls. 5 a 7).

5.3.4. Oficio No. 18-163531- -20 del 19 de junio de 2018, por medio del cual la Secretaria General de la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó a la actora que, con base en las diferentes sentencias en firme, donde se ha ordenado liquidar la prima por dependientes y reconocer el valor económico correspondiente por los tres últimos años dejados de percibir se está conciliando dicha controversia; sin embargo, en el caso de no tener ánimo conciliatorio no era posible acceder a su solicitud (Fls. 8 a 8 *vltto*).

5.3.5. Recurso de reposición y, en subsidio, de apelación interpuesto por la actora el 10 de julio de 2018, contra la anterior decisión (Fls. 9 a 17).

5.3.6. Resolución No. 53569 del 30 de julio de 2018, por la cual la entidad demandada confirmó la decisión contenida en el Oficio No. 18-163531- -20 del 19 de junio de 2018 (Fls. 18 a 21).

5.3.7. Constancia de conciliación Extrajudicial llevada a cabo el 14 de diciembre de 2018, ante la Procuraduría 81 Judicial I para Asuntos

Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio (Fls. 22 a 22 vltto).

5.4. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si a la demandante le asiste o no el derecho a la inclusión de la Reserva Especial del Ahorro como parte integral de la asignación básica a efectos de liquidar los conceptos de bonificación por recreación, prima de actividad, viáticos, horas extras y prima por dependientes.

5.4.1. NORMATIVIDAD APLICABLE

La reserva especial del ahorro se creó mediante el **Acuerdo 040 del 13 de noviembre de 1991**, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades (Corporanónimas), el cual en su artículo 58 dispuso:

*“CONTRIBUCION AL FONDO DE EMPLEADOS RESERVA ESPECIAL DE AHORRO: Corporanonimas contribuirá con sus aportes al Fondo de Empleados de la Superintendencia y Corporanonimas, entidad con Personería Jurídica reconocida por la Superintendencia Nacional de Cooperativas. **Para tal fin pagará mensualmente a sus afiliados forzosos una suma equivalente al sesenta y cinco por ciento (65%) del sueldo básico, la prima de antigüedad, prima técnica, y gastos de representación;** de este porcentaje entregará Corporanonimas directamente al Fondo el quince por ciento (15%), previa deducción de la cotización que sea del caso por concepto de la afiliación de los beneficiarios. Los afiliados forzosos contribuirán mensualmente al Fondo con el cinco por ciento (5%) de las asignaciones básicas mensuales fijadas por la ley...” (Negrilla fuera del texto original).*

Ahora bien, mediante el **Decreto 1695 de 27 de junio de 1997**, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 30 de la Ley 344 de 1998, suprimió la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades y en su artículo 12 dispuso que: *“El pago de beneficios económicos del régimen especial de prestaciones económicas de los empleados de las Superintendencias afiliadas a CORPORANONIMAS, contenido en los decretos 2739 de 1991, 2156 de 1992, 2621 de 1993, 1080 de 1996 y el Acuerdo 040 de 1991 de la Junta Directiva de CORPORANONIMAS, en adelante estarán a cargo de dichas Superintendencias, respecto de sus empleados, para lo cual en cada vigencia*

fiscal se apropiarán las partidas presupuestales necesarias en cada una de ellas, en los mismos términos establecidos en las disposiciones mencionadas en el presente artículo.”

Como puede verse, los beneficios económicos del régimen especial de prestaciones económicas de los empleados de las Superintendencias afiliadas a CORPORANONIMAS, y reconocidos con anterioridad a la supresión de dicha corporación, quedaron a cargo de cada Superintendencia, es decir, que pese a la supresión de CORPORANONIMAS, se dejaron a salvo los beneficios reconocidos a los empleados de las Superintendencias, entre ellas, la Superintendencia de Industria y Comercio.

Ahora bien, es necesario precisar que la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional, en vigencia de la Constitución anterior, radicaba en cabeza del Congreso de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 # 9 y en vigencia de la actual Constitución Política, dicha facultad está reservada al Gobierno Nacional dentro de los parámetros fijados por el Congreso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 numeral 19, letra e), de donde se desprende que la Junta Directiva de la Corporación al establecer en el Acuerdo 040 de 1991 las mencionadas prestaciones se apropió de una facultad que no le correspondía.

No obstante, dicha irregularidad se subsanó por cuanto el Presidente de la República con base en las facultades constitucionales extraordinarias otorgadas por el artículo 30 de la Ley 344 de 1996 y en vigencia de la Ley 4ª de 1992, ley marco en materia de salarios y prestaciones, expidió el Decreto 1695 de 27 de junio de 1997.

En ese sentido se ha pronunciado el H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de julio de 2003 dentro del proceso con radicación interna N° 6150-02 y ponencia del Consejero Alejandro Ordóñez Maldonado al expresar que:

“... el artículo 12 del Decreto 1695 de 27 de junio de 1997, por el cual se suprimió Corporanónimas, señaló expresamente que el pago de los beneficios económicos de los empleados de la Superintendencia de Valores contenidos en los Decretos 2739 de 1991, 2156 de 1992, 2621 de 1993, 1080 de 1996 y el Acuerdo 040 de 1991 de la Junta Directiva de dicha Corporación, en adelante estarían a cargo de las respectivas

Superintendencias a ella afiliadas, lo que significa que el Presidente, con base en las facultades constitucionales y una vez expedida la ley 4ª de 1992, ley marco en materia de salarios y prestaciones, purgó la ilegalidad en que hubiesen podido estar incursas las prestaciones extralegales reconocidas por el Acuerdo 040 de 1991, de la Junta Directiva de Corporanónimas.

El hecho de que el Decreto 1695 de 1997 fuera dictado sólo con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 30 de la Ley 344 de 1996 y no con fundamento en el artículo 150, numeral 19, letra e), de la C.P., que es el que faculta al Gobierno para fijar el Régimen Salarial y Prestacional de los servidores públicos, en nada altera lo expuesto, porque, como ya lo ha dicho esta Sección, lo sustancial es que el Gobierno Nacional tenga facultades para expedir el decreto^{1[1]}.”

El anterior criterio fue reiterado por la citada Corporación en auto del 11 de septiembre de 2003, dentro del proceso con radicación interna No. 3331-02, y ponencia del Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda.

Ahora bien, sobre la naturaleza salarial de la reserva especial de ahorro, el H. Consejo de Estado en sentencia proferida el 26 de marzo de 1998, con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda dentro del proceso No. 13910, señaló que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 del Acuerdo 040 de 1991, se infiere que los empleados de la Superintendencia de Sociedades, mensualmente, devengaban la asignación básica en forma directa y en un 65% de ésta, pagado por CORPORANÓNIMAS, de donde se desprende que tales sumas constituyen salario. Discurrió así la mencionada Corporación judicial:

“(…)

*Como lo ha planteado la Corporación en numerosas oportunidades, tal como lo precisa el artículo 127 del C.S.T. **“Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte…”***

Significa lo anterior que no obstante el 65% del salario se haya denominado reserva especial de ahorro, como no se ha probado que el pago de esta suma tenga causa distinta a la del servicio que presta el funcionario e indudablemente es factor salarial, “forzoso es concluir que se trata de salario y no de una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia; es decir, forma parte de la asignación mensual que devengaba la actora”, como se sostuvo en la aludida providencia del 31 de julio de 1997.

^{1[1]} Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia No. interno 809-00, actor JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ, fecha 6 de septiembre de 2001, Consejero Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

En consecuencia, constituyendo salario ese 65% pagado mensualmente al funcionario por CORPORANÓNIMAS, ha debido tenerse en cuenta para liquidarle la bonificación, ya que equivale a asignación básica mensual. (Negrillas extratexto)”.

Así mismo, mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2000, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, en la que se resuelve un recurso extraordinario de súplica con ponencia de la Magistrada Olga Inés Navarrete, radicación No S-822, se señaló lo siguiente:

“... aunque el 65% del salario se haya denominado Reserva Especial de Ahorro, como no se ha demostrado aquí que el pago de **esta suma tenga causa distinta a la del servicio que presta el empleado**, forzoso es concluir que se trata de salario y no de una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia; es decir, forma parte de la asignación mensual que devengaba la actora.

“...
“Constituyendo salario ese 65% pagado mensualmente al empleado por CORPORANONIMAS, ha debido tenerse en cuenta para liquidarle la indemnización, pues equivale a asignación básica mensual”.

(...)”

Por su parte el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, en sentencia proferida el día 2 de diciembre de 2010 con ponencia de la Magistrada Amparo Oviedo Pinto dentro del proceso N° 11001-33-31-028-2008-00195-01 expuso:

“Así las cosas, siguiendo la orientación efectuada en los pronunciamientos del H. Consejo de Estado, es claro para la Sala, que la reserva especial del ahorro, constituye **factor salarial y forma parte de la asignación básica devengada por los empleados de las superintendencias que estuvieron afiliadas a CORPORANONIMAS.**

En consecuencia, atendiendo la naturaleza de salario de la reserva especial del ahorro como parte de la asignación básica mensual, y las pruebas allegadas al expediente, ésta se debe incluir como ingreso base de liquidación, al liquidar **la prima de actividad, y la bonificación por recreación**, toda vez que fueron los factores devengados por la demandante a partir del año 2002, pero con efectos fiscales a partir del 05 de julio de 2004, por prescripción trienal como lo señaló el a quo.”

Posteriormente, frente al factor denominado **prima por dependientes** el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, en Sentencia del 11 de diciembre de 2015, con ponencia del Magistrado Samuel José Ramírez Poveda, dentro del proceso No 11001-33-35-701-2014-00145-01, indicó:

“Así las cosas, siguiendo la orientación efectuada en los pronunciamientos del H. Consejo de Estado, es claro para la Sala, que la reserva especial del ahorro, constituye factor salarial y forma parte de la asignación básica devengada por los empleados de las superintendencias que estuvieron afiliadas a CORPORANONIMAS.

*Ahora bien, la prima por dependientes fue igualmente contemplada en el Acuerdo 040 de 1991, cuyo artículo 27 consagró los siguientes beneficios para sus afiliados: Primas semestrales de junio y diciembre, **prima de dependientes**, prima de alimentación, prima de matrimonio, prima de nacimiento y prima de actividad; su equivalencia, días de pago y los factores salariales a tener en cuenta para su liquidación y pago.*

Por su parte, el artículo 33 del Acuerdo 040 de 1991, señaló:

“Artículo 33.- Prima por dependientes. *Los afiliados forzosos que adscriban beneficiarios que les dependan económicamente y que cumplan con lo dispuesto en el artículo 15 y siguientes de este Reglamento, tendrán derecho a recibir mensualmente una prima por dependientes en cuantía equivalente al quince por ciento (15%) del sueldo básico”.*

Conforme a lo expuesto, dicho beneficio inicialmente se encontraba a cargo de CORPORANONIMAS y una vez esta fue liquidada, se atribuyó dicha obligación a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio para el caso concreto, puesto que el mismo había sido reconocido con anterioridad a la supresión de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades”.

5.4.2. CASO CONCRETO

En la presente controversia la señora BLANCA YANETH SAENZ pretende que la entidad demandada le reliquide la bonificación por recreación, la prima de actividad, los viáticos, las horas extras y la prima por dependientes, teniendo en cuenta la Reserva Especial del Ahorro como parte integral de la asignación básica.

De las pruebas obrantes en el expediente se encuentra acreditado que la entidad demandada a través del Oficio No. 18-163531-2-0 del 19 de junio de 2018 (fl. 8), negó a la actora dicho reajuste y que ésta interpuso recurso de reposición, mediante radicado No. 18-163531-00003-0000 del 10 de julio de 2018 (fls. 9 a 17), al estar en desacuerdo con la decisión, el cual fue desatado por medio de la Resolución No. 53569 de 2018, confirmando en todas sus partes la determinación inicial.

A su vez, a folio 4 del plenario, reposa certificación en la que consta que la señora BLANCA YANETH SAENZ devengó periódicamente, entre otras, la

prima por dependientes, la prima de actividad y la bonificación por recreación, desde el año 2013 hasta el año 2018.

Así las cosas, de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, es claro que la reserva especial de ahorro es factor salarial y forma parte integral de la asignación básica devengada por la demandante como empleada de la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que estuvo afiliada a CORPORANONIMAS y, en ese sentido, ésta se debe incluir como ingreso base de liquidación, para reajustar la prima por dependientes, la prima de actividad y la bonificación por recreación que percibe la señora BLANCA YANETH SAENZ.

De otro lado, se advierte que, si bien en las pretensiones de la demanda la apoderada de la demandante deprecia la reliquidación sobre los conceptos de **viáticos** y las **horas extras**, lo cierto es, que según las certificaciones obrantes a folios 3 y 4 del expediente, no se evidencia que la actora hubiese devengado dichos factores, y por tanto, no se pueden incluir en la base de liquidación.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad parcial de los actos administrativos acusados, pues la demandante a través de los cargos formulados logró demostrar que fueron violatorios de las normas superiores invocadas, desvirtuándose así la presunción de legalidad que los amparaba y a título de restablecimiento del derecho ordenará a la Superintendencia de Industria y Comercio que proceda a la reliquidación de los factores denominados prima por dependientes, prima de actividad y la bonificación por recreación que devenga la señora BLANCA YANETH SAENZ, incluyendo en la base de liquidación la Reserva Especial de Ahorro e igualmente que, a partir de la fecha de ejecutoria de la presente sentencia y, en adelante, sea tenida en cuenta para el efecto, siempre y cuando continúe percibiendo dichos conceptos como contra prestación de su labor.

5.4.3.PRESCRIPCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA RESERVA ESPECIAL DEL AHORRO

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

De las pruebas aportadas al proceso se establece que la demandante presentó reclamación administrativa solicitando la liquidación por la prima por dependientes, prima de actividad y la bonificación por recreación, incluyendo la reserva especial del ahorro mediante escrito radicado el **14 de junio de 2018** (fls. 5 a 6), lo que significa que los factores de prima por dependientes, prima de actividad y la bonificación por recreación devengados con antelación al **14 de junio de 2015**, se encuentran prescritos, por lo tanto, la inclusión de la Reserva Especial de Ahorro en tales conceptos, sólo se reconocerán a partir del **14 de junio de 2015**.

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 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 BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

a. Oficio No. 18-163531-2-0 del 19 de junio de 2018, suscrito por la Secretaria General de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el cual se negó a la actora la inclusión de la reserva especial de ahorro como parte integral de la asignación básica, para efectos de liquidar la prima por dependientes, la prima de actividad y la bonificación por recreación.

b. Resolución No. 53569 del 30 de julio de 2018, expedida por la Secretaria General de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual, se decidió confirmar en todas sus partes el Oficio N° 18-163531-2-0 del 19 de junio de 2018.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de la liquidación de los conceptos reclamados, con anterioridad al **14 de junio de 2015**, de conformidad con las consideraciones realizadas en esta sentencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO reliquidar la prima por dependientes, la prima de actividad y la bonificación por recreación, devengados por la señora BLANCA YANETH SAENZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.741.132, incluyendo la Reserva Especial de Ahorro en la base de liquidación de las mismas y, en adelante, siempre y cuando los continúe percibiendo.

CUARTO: CONDENAR a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, a pagar a la señora BLANCA YANETH SAENZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.741.132, las diferencias que resulten entre las cantidades liquidadas y las sumas canceladas por concepto de la prima de dependientes, prima de actividad y bonificación por recreación, a partir del 14 de junio de 2015; y en adelante, sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \text{R.H.} \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de reliquidación, 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 cada pago, y así sucesivamente.

QUINTO: Sin costas a cargo de la entidad 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 dése cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

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

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

DÉCIMO: Se reconoce personería a la Doctora **SANDRA VIVIANA MÉNDEZ QUEVEDO**, como apoderada de la entidad demandada, en virtud del poder conferido por la Doctora Rocío Soacha Pedraza, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado Por:
Gloria Mercedes
Juez
Juzgado
018
Bogotá, D.C. - Bogotá

Este documento fue
electrónico y cuenta con
conforme a lo dispuesto
decreto reglamentario

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 035 de hoy 10 de diciembre de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Jaramillo Vasquez
Administrativo
D.C.,

generado con firma
plena validez jurídica,
en la Ley 527/99 y el
2364/12

Valide este 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., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335018**2020**-00**170**-00
Demandante: **CÉSAR MANUEL MARTÍNEZ ÁLVAREZ**
Demandada: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Asunto: SENTENCIA

El señor **CÉSAR MANUEL MARTÍNEZ ÁLVAREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.001.970, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1.1. PRETENSIONES

i) Pretende el demandante que se inaplique la frase "(...) *y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*", contenida en el primer párrafo del artículo 1° del Decreto 0382 de 2013, modificado por el Decreto 022 de 2014.

ii) Que se declare la nulidad del oficio radicado No. 20185890004011 del 29 de octubre de 2018 y de la Resolución No. 2-0266 del 5 de febrero de 2019, por medio de los cuales la entidad demandada negó al demandante la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial, y resolvió el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión, *respectivamente*.

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

- i)** Reconocer que la bonificación judicial que percibe es constitutiva de factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas y las que se causen a futuro.
- ii)** Pagar al actor el producto de la reliquidación de todas sus prestaciones sociales debidamente indexadas, a partir del 1 de enero del año 2013 hasta que se haga efectivo el reconocimiento del pago.
- iii)** Dar aplicación a los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, para el cumplimiento de la sentencia.
- iv)** Condenar a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho que resultaren del proceso, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

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

- 1.2.1.** Que el actor presta sus servicios en la Fiscalía General de la Nación desde el 10 de agosto de 2017, ocupando el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales – Dirección Seccional Cundinamarca.
- 1.2.2.** Que el demandante ha permanecido vinculado a la Fiscalía General de la Nación de manera continua y permanente.
- 1.2.3.** Que el actor fue favorecido por el Decreto 0382 del 2013, modificado por el Decreto 022 de 2014, por el cual se creó una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictaron otras disposiciones.
- 1.2.4.** Que desde el 01 de enero del 2013 se inició el pago de las bonificaciones establecido en el mencionado decreto, sin embargo, dicha bonificación no ha sido tomada en cuenta como factor prestacional, salvo en lo que respecta al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión.

1.2.5. Que la bonificación judicial es recibida por el actor de forma mensual.

1.2.6. Que el demandante realizó reclamación administrativa ante la Fiscalía General de la Nación – Talento Humano, mediante oficio No. 20186111076512 del 8 de octubre de 2018, con el fin de que se le reconociera y pagara la reliquidación de las prestaciones sociales por la no inclusión en su liquidación de la bonificación judicial.

1.2.7. Que la Fiscalía General de la Nación negó las pretensiones solicitadas en la mencionada petición, mediante respuesta contenida en el oficio No. 20185890004011 del 29 de octubre de 2018.

1.2.8. Que, contra el oficio anterior, el actor interpuso recurso de apelación mediante radicado No. 20186111192682 de 9 de noviembre de 2018, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 2-0266 del 05 de febrero de 2019, confirmando la decisión adoptada en el oficio con radicado No. 20185890004011 del 29 de octubre de 2018.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocida la Convención Americana de Derechos Humanos, acogida en el ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 161 de 1972; el protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobada mediante Ley 319 de 1996; los convenios Nos. 95, 100, 111 y 151 de la OIT; los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 25, 29, 49, 53, 55, 83, 90, 93, 209 y 228 Constitucionales; las Leyes 21 de 1992, 50 de 1990, 4ª de 1992, 270 de 1996, 411 de 1997, 1496 de 2011, 54 de 1962, 16 de 1972, 319 de 1996, 1437 de 2011, y 1755 de 2015; el Acuerdo del 06 de noviembre de 2012 y los decretos 1042 de 1978, y 1092 de 2012, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Señaló que el Decreto 0382 del 2013, modificado por el Decreto 022 de 2014, mantiene la desigualdad respecto a que la bonificación judicial sólo será tomada en cuenta para la liquidación de los aportes al Sistema General de Pensiones y de Seguridad Social en Salud, siendo esto contrario a los

postulados del artículo 53 superior y al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Manifestó que los decretos relacionados son contrarios a la Constitución y a la ley por cuanto establecen una desigualdad relacionada con el factor prestacional, toda vez que se le descuenta al actor para efectos de salud y pensión, sin perjuicio de lo cual, no sucede lo mismo al momento de liquidarse las prestaciones sociales, constituyendo una violación a la Constitución Política y a la esencia de un Estado Social de Derecho.

Adujo que la bonificación judicial tiene el carácter de habitual, toda vez que es devengada mensualmente, razón por la cual, y atendiendo a los postulados del Consejo de Estado, constituye salario, para lo cual citó la sentencia con radicado No. 250002342000201301541 01, de fecha 9 de febrero de 2017.

Concluyó que al demandante le asiste el derecho a que la bonificación judicial le sea tenida en cuenta al momento de liquidar sus prestaciones sociales, ya que la misma es recibida de forma habitual, y constituye factor salarial, solicitando tener en cuenta los fallos proferidos por el Juzgado 19 Administrativo de Bogotá y el Juzgado 9° Administrativo de Ibagué.

III. CONTESTACIÓN

La demanda fue notificada el 18 de junio de 2021, tal como consta en el expediente, razón por la cual, la parte demandada tenía hasta el 05 de agosto de dicha anualidad para contestar, lapso en el que guardó silencio.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

Mediante escrito del **24 de septiembre de 2021**, la apoderada del actor dentro de la oportunidad legal presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, en el sentido de indicar que la bonificación judicial debe ser tenida en cuenta para liquidar todas las prestaciones sociales, como quiera que esta se

percibe de manera habitual. A lo anterior agregó que resulta injusto que, dicha bonificación sí se tenga en cuenta al momento de realizar los aportes para salud y pensión, pero no al momento de la liquidación de prestaciones sociales, tales como cesantías, primas, etc.

4.2. Parte demandada.

La parte demandada, dentro de la oportunidad legal, no presentó alegatos de conclusión.

4.3. Agente del Ministerio Público.

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.1.1. Derecho de petición elevado ante la entidad demandada el 08 de octubre de 2018, mediante el cual el actor, a través de apoderada, solicitó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y la consecuente reliquidación prestacional.

5.1.2. Oficio No. 20185890004011 del 29 de octubre de 2018, a través del cual la entidad demandada señaló que no es posible tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales del actor la bonificación judicial.

5.1.3. Recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 09 de noviembre de 2018, contra la anterior decisión.

5.1.4. Resolución No. 2-0266 del 05 de febrero de 2019, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la decisión inicial.

5.1.5. Certificación expedida por la Subdirectora Regional – Central de la Fiscalía General de la Nación en la que constan los servicios prestados por el demandante.

5.1.6. Comprobantes de nómina expedidos por la Fiscalía General de la Nación, que dan cuenta de los devengos y deducciones realizados al demandante para los meses de junio y septiembre de 2019; julio y diciembre de 2018; y noviembre y diciembre de 2017.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 16 de septiembre de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: **i)** si hay lugar a la inaplicación por vía de excepción del artículo 1° del Decreto 382 de 2013; y **ii)** si el demandante, en calidad de empleado de la Fiscalía General de la Nación tiene o no derecho a que se le reconozca la bonificación judicial como factor salarial y, si como consecuencia de dicho reconocimiento se le deben reajustar sus prestaciones sociales.

5.2.1. NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN MATERIA SALARIAL Y PRESTACIONAL.

La Constitución Política en el numeral 19 literal e) facultó al Congreso de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los Miembros del Congreso Nacional y de los miembros de la Fuerza Pública.

En desarrollo a la mencionada norma constitucional fue expedida la Ley 4ª de 1992, “*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política*”, disponiendo en el parágrafo del artículo 14, lo siguiente:

“(...)

PARÁGRAFO. *Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”* (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, en cumplimiento al mandato legislativo previamente referido, el Gobierno Nacional expidió los Decretos Nos. 2699 de 1991 -Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación-, contentivo del Régimen Salarial y Prestacional de los servidores públicos a ella vinculados y 53 de 1993, para los empleados que empezaron a laborar con posterioridad a la vigencia del mismo, el cual se hizo extensivo para quienes voluntariamente a él se acogieran.

Ahora bien, el Presidente de la República expidió el Decreto No. 382 del 6 de marzo de 2013, “*por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*” el cual dispuso en sus artículos 1 y 2, lo siguiente:

“Artículo 1°. *Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto número 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto número 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año, al valor que se fija en la siguiente tabla:

(...)

Parágrafo. *La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.*

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)”

Artículo 2°. *Los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto número 53 de 1993 y que continúan con el régimen del Decreto número 839 de 2012 y las disposiciones que lo modifican o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en el Decreto número 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio”.*

De acuerdo con dicha preceptiva, el Gobierno Nacional creó una bonificación judicial para los servidores públicos pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación, la cual se reconocerá mensualmente a partir del 1 de enero de 2013, y constituirá únicamente factor salarial para la Base de Cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, debiéndose reajustar anualmente a partir del año 2014 y hasta el 2018, de acuerdo con la Variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) en el 2%, respecto del valor asignado en el año inmediatamente anterior.

El mencionado Decreto fue modificado por el Decreto No. 022 del 9 de enero de 2014, el cual dispuso el pago de dicha bonificación “a partir del 1° de enero de 2014”.

Así mismo, a través del Decreto No. 1270 del 9 de enero de 2015, se estableció el pago de dicha bonificación “a partir del 1 de enero de 2015”, el cual a su vez fue modificado por medio del Decreto 0247 del 12 de febrero de 2016, estimando su pago “a partir del 1 de enero de 2016”.

Sobre el alcance de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A" en Sentencia del 6 de julio de 2017¹, señaló:

"(...) La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado se ha referido al ejercicio debido y a los límites de dicha atribución. Al respecto, esta Sección señaló que la función que cumple el Gobierno con el ejercicio del poder reglamentario es la de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella, con el propósito de permitir su ejecución, pero ello no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.

Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las así dadas por la Constitución al legislador. (...)

(...) el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política", así como a los fines del Estado Social de Derecho", a los cuales no puede ser ajeno en el ejercicio de sus funciones. (...)" Negrilla y subrayado fuera de texto original)

5.2.2. EL CONCEPTO DE SALARIO Y SU NATURALEZA.

La Constitución Política en su artículo 53, dispuso:

"ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

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

¹ Expediente: 11001-03-24-000-2008-00390-00, Actor: Fernando Quiroga Botero, Demandado: Ministerio de la Protección Social y Departamento de la Función Pública, Magistrado Ponente: William Hernández Gómez

Por su parte, la Ley 54 de 1962, "Por la cual se aprueban varios Convenios Internacionales del Trabajo adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, en las reuniones 20ª, 32ª, 34ª y 40ª", en su artículo 1, ratificó el Convenio No. 95 de la OIT, relativo a la protección del salario, así:

"Artículo 1. A los efectos del presente convenio el término "salario" significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar". (Negrilla fuera del texto original)

A su turno, la Ley 50 de 1990, por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones, dispuso respecto del concepto de salario en sus artículos 14 y 15 lo siguiente:

"Artículo 14. El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Artículo 15. El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

*Artículo 128. Pagos que no constituyen salario. **No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales,** participación de utilidades, excedente de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie **no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones,** como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad" (Subrayado y Negrillas del Despacho).*

Ahora bien, para el caso de los empleados públicos, el Decreto 1042 de 1978, “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 42, estableció:

*"Artículo 42: De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, **constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.***
(...)” (Negrilla del Despacho).

5.2.3. DE LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES RESPECTO DEL CONCEPTO DE SALARIO.

El H. Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del Concepto No. 1393 del 18 de junio de 2002, señaló que la definición y noción de salario dispuesta en el Código Sustantivo del Trabajo debe ser aplicada a los empleados públicos, así:

"3. Factores salariales de los servidores públicos del orden nacional y distrital.

*El artículo 3º de la ley 4ª de 1992 establece que "el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos." Y el artículo 2 ibídem dispone que para la fijación del régimen salarial - y prestacional también - se tendrá en cuenta "el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño."
Para la Sala, ante todo, es necesario precisar los conceptos de salario, sueldo, factor salarial, asignación básica, emolumentos y escalas de remuneración.*

El salario "... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990).

"constituye salario no solo la remuneración ordinaria fija y variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o

denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. " En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, **constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. (...)**" (Negrilla dentro del texto original, subrayado del Juzgado)."

Así mismo, la Sección Segunda de dicha Corporación, en Sentencia proferida el 2 de abril de 2009, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del expediente No. 1001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), al estudiar la legalidad del artículo 7° del Decreto 618 del 2 de marzo de 2007, que establece la prima especial, señaló:

"(...)

*En lo específico de la figura tomada en su aspecto salarial, el Decreto 1042 de 1968, contenido de la clasificación y remuneración de los cargos para los empleos públicos, **la noción de "prima" como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un "plus" en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.***

Por consiguiente, la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público.

*Posteriormente, con la expedición de la Carta Fundamental de 1991, el concepto mantiene identidad funcional con la manera como el régimen jurídico anterior se refirió a las primas para sobre su estructura representar básicamente un incremento a la remuneración; propiamente es posible reconocer que la Ley 4ª de 1992, retomó los elementos axiológicos de la noción, de manera que volvió a mencionar **el concepto de prima como un fenómeno complementario de adición a la remuneración de los servidores públicos, tal como efectivamente quedó consagrado en los artículos 14 y 15 de dicha codificación; de forma que el entendimiento del concepto en vigencia del sistema de remuneración de los servidores públicos, luego de la Carta de 1991 y conforme a su ley marco, sigue situándose como un incremento, un "plus" para añadir el valor del ingreso laboral del servidor.***

Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado en la remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2° del artículo 53 de la Constitución Política - , todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; **justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las “primas” en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.**

Como resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por mas exentas que estén de su carácter salarial representen una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos, es consecuencia evidente de lo considerado, concluir que el artículo 7° del Decreto No. 618 de 2007, al tomar un 30% de la remuneración del funcionario para restarle su valor a título de prima especial sin carácter salarial, materialmente condensa una situación de violación a los contenidos y valores establecidos en la Ley 4ª de 1992 y por lo tanto habrá necesidad de excluirlo del ordenamiento jurídico.

El carácter negativo al valor del salario que justifica la anulación, se visualiza en el nexo que existe entre los conceptos salariales admitidos por el ordenamiento para esquematizar el elenco de factores que lo integran y los montos prestacionales que de manera ordinaria representan consistencia y coordinación con lo estrictamente salarial. Así pues, la exclusión del artículo en examen, demuestra además, porqué la norma demandada materializa una situación jurídica insostenible a la luz de los principios constitucionales y de la ley marco sobre el sistema y criterio de la estructura salarial de la función pública, y desde luego, a toda una tradición jurídica que consistentemente ha regulado el sistema salarial y prestacional para en su conjunto permitirle a la Sala precisar, que el alcance de las primas indicadas dentro de la Ley 4ª de 1992 no puede ser otro que el aquí aludido”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En este orden de ideas, de conformidad con el concepto y alcance del salario dado por las normas anteriormente transcritas y las jurisprudencias citadas, resulta claro que las primas o bonificaciones por más exentas que estén de su carácter salarial no se les puede asignar una consecuencia

diferente a la de representar un incremento remuneratorio, en concordancia con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política.

5.3. CASO CONCRETO.

El señor César Manuel Martínez Álvarez, en su calidad de empleado público de la Fiscalía General de la Nación, pretende la inaplicación del artículo 1 del Decreto 0382 del 6 de marzo de 2013, modificado por los Decretos 022 del 9 de enero de 2014, 1270 del 9 de enero de 2015 y 0247 del 12 de febrero de 2016, con el fin de que la bonificación judicial que viene percibiendo desde el 1 de enero de 2013, sea tenida en cuenta como factor salarial, a efectos de reliquidar sus prestaciones sociales.

De las pruebas allegadas al expediente se advierte que el señor César Manuel Martínez Álvarez se vinculó a la Fiscalía General de la Nación desde el 10 de agosto de 2017 y, actualmente, ostenta el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales en dicha entidad y devenga la Bonificación Judicial, tal como se desprende de la constancia de servicios prestados, expedida por la Subdirectora Regional – Central de la Fiscalía General de la Nación, obrante en el plenario.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto No. 0382 del 6 de marzo de 2013, la bonificación judicial únicamente constituye factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, señalando expresamente que *“ninguna autoridad puede establecer o modificar el régimen salarial o prestacional allí establecido”*.

Sin embargo, de conformidad con las normas anteriormente transcritas y acogiendo el Despacho los precedentes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado que establecieron que constituye salario todo lo que recibe el trabajador habitual y periódicamente en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, **sea cualquiera la forma o denominación que se adopte**, es claro que las primas o bonificaciones son un fenómeno complementario de adición a la remuneración y, en tal virtud, la bonificación judicial que devenga el actor como empleado público

de la Fiscalía General de la Nación está revestida de carácter salarial, en tanto se otorgó como un reconocimiento del Gobierno Nacional al derecho a la nivelación salarial ordenada en la Ley 4ª de 1992, con el fin de cerrar la brecha existente de forma ostensible respecto de los salarios devengados por los Magistrados de Altas Cortes, tal como quedó plasmado en el artículo 1 del Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 2012, expedida en virtud de las negociaciones que dieron origen a dicha Bonificación, así: *“Reconocer el Derecho de Funcionarios y empleados de la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación a tener una nivelación en la remuneración en el término de la Ley 4ª de 1992, atendiendo criterios de equidad”*².

Así las cosas, si bien el Gobierno Nacional la denominó como una simple bonificación, lo cierto es que al haberse reconocido en virtud de una **“nivelación salarial”**, no puede tener una connotación distinta a salario por el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, amén que la misma ha sido percibida por el señor César Manuel Martínez Álvarez de forma periódica, habitual y permanente como contraprestación directa de sus servicios, constituyendo factor salarial para todos los efectos legales.

Sobre el carácter salarial de la bonificación judicial que aquí se discute, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “A”³, en Sentencia del 2 de agosto de 2018, discurrió:

“(…) Conforme a lo previamente expuesto, y teniendo en cuenta el fundamento normativo y jurisprudencial referido en el presente proveído, para la Sala es claro que la causa y finalidad de la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 382 de 2013 y sus decretos modificatorios, es especificar y/o concretar los lineamientos de la norma superior contenida en la Ley 4 de 1992, especialmente el párrafo de su artículo 14 que ordena nivelar la remuneración de los servidores de la Rama Judicial. Así mismo, debe destacarse que dicha bonificación judicial no fue creada por la mera liberalidad y/o voluntad del Gobierno Nacional, sino como consecuencia de una serie de acuerdos con los representantes sindicales de los empleados de la Rama Judicial que en o de su derecho de huelga reclamaron la materialización de la nivelación salarial dispuesta en el párrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que de la lectura de la normativa contenida en la aducida Ley 4 de 1992, no se observa que la intención

²El texto total del Acuerdo se encuentra en la página web www.minjusticia.gov.co

³ Expediente: 11001-33-35-008-2015-00765-02 Magistrado Ponente: Néstor Javier Calvo Chaves

*del legislador fuera la de crear una bonificación sin carácter salarial o un complemento adicional a la remuneración mensual de los empleados judiciales, por el contrario, se evidencia que la orden allí contenida está encaminada a efectuar una nivelación salarial, a partir de la cual se pudiera concretar un equilibrio en términos de remuneración respecto de los cargos de empleados y funcionarios que conforman la planta de personal de la Rama Judicial.
(...)"*

De otra parte, sobre el alcance de la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional en la Sentencia C-122 de 2011, expresó⁴:

"(...) La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 40 de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicaran las disposiciones constitucionales...". Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada, es constitucional o no. (...)" (subrayado fuera de texto original).

Así mismo, en cuanto a las circunstancias que dan lugar a la aplicación de la figura de inconstitucionalidad, dicha Corporación en Sentencia T- 681 de 2016⁵, indicó:

⁴ Expediente: D-8207 Demandante: Adriana Parra Hernández, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

⁵ Expediente T-5.723.146 Demandante María Dolores Lenis Hernández Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

"(...) 5.1. La excepción de inconstitucionalidad se erige a partir del artículo 4° de la Constitución Política que establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se emplearan las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica.

(...)

En este sentido consiste en una eficaz herramienta jurídica-política de protección al principio de supremacía constitucional, garantizando (en el caso concreto) su jerarquía y materialidad dentro del sistema de fuentes del derecho.

5.2. Dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa" o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:

(i) **La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad**, toda vez que "de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado;

La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso"; o,

En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento fundamental". En otras palabras, " puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma • que en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales". (...)" (Negrilla fuera de texto original).

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 148 al referirse a la figura de control por vía de excepción señala:

“ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley”.

Sobre la excepción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 4 de la Constitución Política, en relación con el aparte pertinente del artículo primero del Decreto 382 de 2013, el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, Sección Segunda- Sala Transitoria⁶, en Sentencia del 30 de julio de 2021, indicó:

"(...)

*Lo dicho es suficiente para concluir que bajo este marco legal y jurisprudencial, encuentra la Sala que la frase consignada en el artículo primero del Decreto No. 0382 de 2013, "(...) y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud", que le quita efectos salariales a la bonificación judicial, viola de manera flagrante al artículo 53 de la Constitución Política y desconoce el convenio 95 de la OIT que tiene carácter de norma superior, en virtud del bloque de constitucionalidad; al igual que se desconoce la jurisprudencia de las altas cortes, en lo que ellas han señalado en relación a lo que constituye factor salarial. De la misma manera, dicha exclusión es contraria los criterios y principios consagrados en la Ley Marco 4 de 1992, por lo que la sala revocara la sentencia de primera instancia y en su lugar, aplicara la excepción de inconstitucionalidad en la forma aquí indicada y como consecuencia, dicha expresión deberá ser excluida del ordenamiento jurídico y permitir que la bonificación judicial cumpla el propósito consignado en la ley marco y más concretamente a lo consignado en el parágrafo del artículo 14, **surtiendo plenos efectos salariales y constituya nivelación en la remuneración**, siguiendo los principios de equidad. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en este caso concreto y con efecto inter partes (...)" (Negrilla del despacho).*

De acuerdo con lo expuesto, en el caso bajo examen procede la inaplicación deprecada por la parte actora de la expresión "...constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud", prevista en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013, modificado por los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, con el fin de reconocer la Bonificación Judicial que percibe el señor César Manuel Martínez Álvarez como factor salarial para todos los efectos salariales y prestacionales.

Por lo anotado en las anteriores consideraciones, al hallarse infirmada la presunción de legalidad de los actos acusados, se declarará la nulidad del oficio 20185890004011 del 29 de octubre de 2018 y de la Resolución No. 2-0266 del 05 de febrero de 2019, por medio de las cuales la entidad demandada negó al demandante su petición orientada al reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial y resolvió el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión, *respectivamente*.

⁶ Expediente: 11001-33-52-018-2018-00119-01 Magistrado Ponente: Javier Alfonso Argote Royero

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación reliquidar y pagar las prestaciones sociales percibidas por el señor César Manuel Martínez Álvarez, teniendo como factor salarial para todos los efectos legales la bonificación judicial prevista en el Decreto 382 de 2013 y conforme al fenómeno prescriptivo que se estudiará a continuación.

5.4. PRESCRIPCIÓN DEL REAJUSTE PRESTACIONAL.

En este acápite, el Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción.

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, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁷.

En ese sentido, advierte el Despacho que la bonificación judicial se hizo exigible a partir del 1 de enero de 2013 y el demandante presentó reclamación administrativa el 08 de octubre de 2018, solicitando el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial, razón por la cual las diferencias prestacionales anteriores al 08 de octubre de 2015, se encuentran prescritas y así habrá de declararse en la parte resolutive de esta sentencia.

5.5. COSTAS.

Por último, se condenará en costas a la entidad demandada, pues no ejerció defensa alguna de sus intereses al no contestar la demanda.

⁷ **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 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: INAPLICAR la expresión “...constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”, prevista en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013, modificado por los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, con el fin de reconocer la Bonificación Judicial como factor salarial computable para las prestaciones sociales reconocidas y pagadas al demandante como funcionario de la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos i) oficio No. 20185890004011 del 29 de octubre de 2018, por medio del cual la Fiscalía General de la Nación, negó al actor la reliquidación de sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta para el efecto la bonificación judicial y ii) Resolución No. 2-0266 del 05 de febrero de 2019, por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción de las diferencias prestacionales percibidas por el actor con anterioridad al **08 de octubre de 2015**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a **i)** RELIQUIDAR las prestaciones sociales devengadas por el señor César Manuel Martínez Álvarez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.001.970, teniendo en cuenta para el efecto la bonificación judicial y **ii)** PAGAR las diferencias que se originen entre lo ya pagado y lo que se debió pagar, a partir del **08 de octubre de 2015**, por prescripción trienal, mientras la cause y hasta el retiro definitivo del servicio, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

QUINTO: CONDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar al señor CÉSAR MANUEL MARTÍNEZ ÁLVAREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.001.970, los valores señalados en el numeral anterior con la aplicación de la siguiente fórmula: $R = Rh (\text{Ind. F} / \text{Ind. I})$, 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 prestación y así sucesivamente.

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

SEXTO: Condenar en costas a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. 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.

SÉPTIMO: 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.

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

NOVENO: 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

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 035 de hoy 10 de diciembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA POLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - 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: **6381195be29e1695fae6edbb47c95292117b81a6c35a4fe597552d609ae15941***

Documento generado en 08/12/2021 07:35:13 PM

Valide este 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., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00176-00**
Demandante: ADÍELA VELASCO HERNÁNDEZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **ADÍELA VELASCO HERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.177.123, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

-Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 30 de enero de 2019, frente a la petición elevada el 30 de octubre de 2018, por medio de la cual solicitó 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) Que se declare 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) Se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del presente proceso en el término de 30 días, en virtud de lo contemplado en el artículo 192 y siguientes del C.P.A.C.A.

(iii) Que se condene a la parte demandada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomado como base la variación del Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

(iv) Condenar a la parte demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios, a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(v) Condenar en costas al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. 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. 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 educativo del sector oficial.

1.2.3. 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 2 de agosto de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Por medio de la Resolución No. 9388 del 28 de noviembre de 2017, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 29 de junio de 2018, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. 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, partir de la 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. La actora solicitó la cesantía el 2 de agosto de 2017, siendo el plazo para cancelarlas el día 15 de noviembre de 2017, pero se realizó el 29 de junio de 2018, por lo que trascurrieron 226 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. El 30 de octubre 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 acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Señala que 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.

Aduce 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, estableció 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 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud.

Manifiesta que con la declaratoria de la Ley 1071 de 2006, se buscó que una vez el empleador quedara cesante en su empleo, éste pudiera tener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos o al momento que perdiera su trabajo, igualmente la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65 días, después de radicada la solicitud, la cual fue ampliada a las cesantías parciales.

Así mismo, la referida Ley estableció los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía del actor, los cuales están siendo burlados 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.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **14 de abril de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que de acuerdo con la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías para los servidores del sector público son 15 días posteriores a la solicitud de la cesantía para la expedición del acto administrativo, 5 o 10 días para su ejecutoria, dependiendo de la fecha de la petición y teniendo en cuenta la entrada en vigencia del C.P.A.C.A. y 45 días para el pago efectivo.

Afirmó que la Corte Constitucional, en Sentencia SU-336-17, estableció que los anteriores términos y las consecuencias de su incumplimiento son aplicables igualmente para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, razón por la cual la sanción moratoria establecida en el artículo 5° de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable en el caso del pago tardío de cesantías a los docentes.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

(i) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria: 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.

(ii) Improcedencia de la condena en costas: Manifiesta 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.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora mediante escrito allegado el **30 de septiembre de 2021**, remitido vía correo electrónico dentro de la oportunidad legal, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso i) la calidad de docente de la demandante ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales iii) el acto mediante el cual se reconoció a la actora la cesantía parcial iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

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

En punto a la solicitud de indexación de la condena solicita la aplicación de la sentencia del 26 de agosto de 2019, desde el 29 de junio de 2018 hasta la fecha en que se cause la ejecutoria de la sentencia que profiera el Despacho y desde la ejecutoria de la sentencia hasta que la entidad responsable realice el pago se reconozcan los intereses legales.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182549981 del 22 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día, 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 **225** 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 misma 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 dicha depreciación 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.

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 el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

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.

En relación con la **imposibilidad de condena en costas**, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

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. 09388 del 28 de noviembre de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 2 de agosto de 2017.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-165454 del 30 de octubre de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías.

5.2.3. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de las cesantías quedó a disposición de la demandante el 29 de junio de 2018.

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 28 de mayo de 2019, en la Procuraduría 88 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 16 de septiembre de 2021, 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 30 de octubre 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 a la indexación frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada 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 30 de octubre 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 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 30 de octubre de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

5.4.1. 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 petitionarios, 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:

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.

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

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

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

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

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

(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.

5.5. 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 servidora pública de la actora.

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

*servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”*

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Adíela Velasco Hernández, 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 Nacionalizado- Situado Fiscal, IED Alberto Lleras Camargo, 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. 09388 del 28 de noviembre de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **2 de agosto de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **25 de agosto de la misma anualidad**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **28 de noviembre 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 **3 de agosto de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **15 de noviembre de 2017**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **29 de junio de 2018**, como consta en el oficio expedido por la FIDUPREVISORA S.A., obrante en el expediente, incurriéndose en mora del **15 de noviembre de 2017 al 28 de junio 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 **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 (**15 de noviembre de 2017 al 28 de junio de 2018**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de noviembre a diciembre de 2017 y de enero a junio de 2018.

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 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.

(...)”.

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.

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 junio 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 Adíela Velasco Hernández el 30 de octubre 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 **15 de noviembre de 2017 y el 28 de junio de 2018**.

El valor del salario es el vigente para los meses de noviembre a diciembre de 2017 y de enero a junio de 2018, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y años.

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 parcial, se hizo exigible a partir del **15 de noviembre de 2017** y la señora Adíela Velasco Hernández formuló reclamación administrativa el **30 de octubre de 2018**, en tanto la demanda se presentó el **6 de agosto de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

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,

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.

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 **30 de octubre de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-165454.

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-2018-165454 del 30 de octubre 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 **ADÍELA VELASCO HERNÁNDEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 28.177.123, 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 **15 de noviembre de 2017 y el 28 de junio de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de noviembre a diciembre de 2017 y de enero a junio de 2018, entendiéndose que corresponde 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 **30 junio de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 035 de hoy 10 de diciembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA BOLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - 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:

**c4d09beb8e3d4bf17c2af634b12efa094bf78935582d442997d3c6f0a2c6c31
0**

Documento generado en 08/12/2021 08:21:55 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., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-00**2020**-00**200**-00
Demandante: GIOVANNY RAMÍREZ SALGADO
Demandada: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA
NACIONAL - CASUR
Asunto: SENTENCIA

El señor **GIOVANNY RAMÍREZ SALGADO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.356.129, 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 acto administrativo No. 548780 del 05 de marzo de 2020, por medio del cual la entidad demandada negó la reliquidación de la asignación mensual de retiro del demandante desde el 01 de enero de 2011, sobre las partidas computables del subsidio de alimentación, y las duodécimas partes de las primas de navidad, servicios, y vacaciones, conforme a los artículos 13 y 49, literales c), d), e) y f) del Decreto 1091 de 1995.

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 y pagar las diferencias dejadas de percibir en la asignación mensual de retiro del actor, que resulten de la aplicación del principio de oscilación de las partidas computables antedichas, causadas desde el 01 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2019, teniendo en cuenta para ello el incremento anual efectuado a las asignaciones salariales del personal en actividad.

- ii)** Realizar la reliquidación mes a mes, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A., desde la fecha en que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció al actor la asignación de retiro.

- iii)** Aplicar la indexación correspondiente, de conformidad con las normas constitucionales y legales previstas para estos efectos, a fin de preservar el poder adquisitivo de las mencionadas sumas adeudadas, aplicando la fórmula: $R = \text{Índice Final} / \text{Índice Inicial}$.

- iv)** Reconocer, por concepto de daños y perjuicios, la suma de 50 SMMLV.

- v)** Reconocer los intereses moratorios a que haya lugar.

- vi)** Pagar las costas.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que la Policía Nacional expidió la Hoja de Servicios No. 79356129, con base en la cual, CASUR realizó la respectiva liquidación de la asignación de retiro del demandante.

1.2.2. Que la entidad demandada, mediante la Resolución No. 5991 del 19 de octubre de 2010, le reconoció la asignación mensual de retiro al actor, para el grado y partidas legamente computables establecidas en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y demás normas concordantes.

1.2.3. Que a partir del año 2011 hasta el 2019 las partidas correspondientes al subsidio familiar y las duodécimas partes de las primas de servicios, vacaciones y navidad, se siguieron liquidando con los mismos valores, desconociendo el aumento anual decretado por el Gobierno Nacional conforme al principio de oscilación, que para los respectivos años fue del 3,17% (2011), 5% (2012), 3,44% (2013), 2,94% (2014), 4,66% (2015), 7,77% (2016), 6,75% (2017), 5,09% (2018) y 4,50% (2019); último año para el cual la demandada aplicó el principio de oscilación sobre todas las partidas del año 2018 del 4,5%.

1.2.4. Que la forma en que CASUR ha llevado a cabo la liquidación ha desmejorado la asignación de retiro del demandante; siendo la diferencia entre lo liquidado y lo correspondiente, la que se refleja en el siguiente cuadro:

AÑO	CASUR	OSCILACION	DIFERENCIA
2011	2140206	2153315	\$ 13.108,29
2012	2228823	2259463	\$ 30.640,20
2013	2292839	2337189	\$ 44.349,86
2014	2349433	2405902	\$56.469,01
2015	2441773	2518019	\$76.246,12
2016	2602914	2713670	\$110.756,10
2017	2753777	2896842	\$143.064,85
2018	2875219	3044293	\$169.073,18
2019	3004604	3181286	\$176.682,06

1.2.5. Que mediante petición radicada bajo el No. 534902, del 31 de enero de 2020, el actor solicitó a CASUR la reliquidación de la asignación de retiro, con la inclusión de las diferencias dejadas de pagar por las partidas computables antes señaladas, conforme con lo establecido en los artículos 13, 49 y 56 del Decreto 1091 de 1995, en concordancia con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

1.2.6. Que el 05 de marzo de 2020, CASUR, mediante Oficio Radicado No. 548780 dio respuesta a la petición referida, reconociendo que las partidas en comento permanecieron inmutables desde el reconocimiento de la asignación de retiro, como quiera que el mismo dispuso el reajuste porcentual de las partidas que desde su génesis permanecieron fijas, previa realización de mesas técnicas de carácter institucional.

1.2.7. Que, por invitación de la entidad demandada a acudir a la

conciliación, el 10 de mayo, mediante radicado No. 237875/116-2020 se realizó solicitud de convocatoria a conciliación extrajudicial, la cual se declaró fallida el 03 de agosto de 2020 por la Procuraduría 135 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá.

1.2.8. Que la última unidad en la que laboró el actor fue la División Servicio Bachilleres - MEBOG, con sede en Bogotá D.C.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 13, 29, 48, 53, 83 y 90 de la Constitución Política; los artículos 1°, 2°, literal a) y 10 de la Ley 4ª de 1992; los artículos 13, 14, 51 y 62 del Decreto 1029 de 1994; el artículo 7°, párrafo único de la Ley 180 de 1995; el artículo 82 del Decreto Ley 132 de 1995; los artículos 13, 49, 56 y 60 del Decreto 1091 de 1995; el artículo 2°, numerales 2.1, 2.4 y 2.7 de la Ley 923 de 2004; los artículos 2° y 23, ordinales 23.2, 23.2.1 al 23.2.6 y 42 del Decreto 4433 de 2004; los artículos 45, 57, 61, 138, 155, 156, 157, 161, 162, 171, 172 y 211 de la Ley 1437 de 2011; así como la sentencia C-862 de 2006, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostiene que el acto administrativo demandado viola normas constitucionales, específicamente los artículos 48 y 53 referentes al poder adquisitivo constante de las pensiones, sin que exista respeto por los derechos adquiridos y garantías mínimas laborales, de conformidad con las Leyes 4ª de 1992 y 180 de 1995, así como el Decreto 132 del mismo año.

Señala que la entidad demandada viene depreciando de manera injustificada, continua e ininterrumpida la asignación mensual de retiro del actor, desde enero de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2019, por cuanto los aumentos anuales salariales del personal activo de las Fuerzas Armadas, decretados por el Gobierno Nacional, no han afectado el sueldo básico y la prima de retorno a la experiencia, pero sí las demás partidas, por concepto de: subsidio de alimentación y las duodécimas partes de las primas de navidad, servicios y vacaciones, reguladas en el artículo 49 del Decreto 1091

de 1995, las cuales se debían liquidar en concordancia con el artículo 13 de la misma normativa.

Alude a que todo lo anterior, genera un detrimento patrimonial injustificado al actor, y un correlativo enriquecimiento sin justa causa a favor de la administración, encontrándose razón suficiente para que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reliquide la asignación de retiro del demandante, sin utilizar su propio error a su favor, de manera que debe cancelar los valores desde el momento en que al demandante le fue reconocida su asignación de retiro.

Respecto del fenómeno jurídico de la prescripción cuatrienal, manifiesta que, si bien es cierto que el actor se retiró en vigencia del Decreto 4433 de 2004, también lo es que, en virtud de la protección legal a los derechos adquiridos, se debe aplicar la normativa que estaba vigente con anterioridad. De esta forma, toda vez que al 01 de enero de 2005, tiempo en que entró en vigencia el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, el actor ya contaba con más de 18 años de servicio, tiene derecho a que, por excepción de ilegalidad, no se dé aplicación al artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, y se aplique el artículo 60 del Decreto 1091 de 1995 que prescribe la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales.

De igual forma, precisa que si bien el Decreto 4433 de 2004 estableció las bases de las partidas liquidables para la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo, también lo es que para establecer sus formas de liquidación, respecto de las doceavas partes, es obligatorio remitirse al artículo 13 del Decreto 1091 de 1995, de modo que, por principio de inescandibilidad, se debe aplicar en forma íntegra la norma.

En lo que atañe a los perjuicios patrimoniales, señala que las autoridades públicas responden por acción, omisión y extralimitación en el cumplimiento de sus funciones, de conformidad con los artículos 6 y 90 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el cual se puede solicitar la reparación del daño.

Indica que la omisión de la entidad demandada fue admitida por ella en el acto acusado, lo cual, a lo largo de nueve años causó un detrimento en la asignación de retiro no solo del actor sino de todos los afiliados de CASAUR, que enriquecieron sin justa causa a la entidad y empobrecieron a aquellos; enriquecimiento que resulta multimillonario debido a la cantidad de afiliados con asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que, para el año 2019 – según el Informe de Gestión Vigencia 2019 – fue de 12.346, en los diferentes grados.

Aduce que el daño se causó desde el momento del reconocimiento de la asignación y que, entre mayor tiempo de retirado, mayor fue el daño, con una norma que data del año 1994, con la creación del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. De lo anterior, concluye que la entidad ha capitalizado e invertido en otros negocios que le han generado más ganancias, a tal punto que en el mismo informe se describe el patrimonio de la entidad con varias propiedades que, en el 2019, le generaron ingresos por \$7.656 millones.

Alude a que el actor ha sufrido un detrimento por solo capital de \$11.678.306,39 pesos m/cte., por la diferencia entre lo pagado por CASUR y lo correspondiente realmente por principio de oscilación, desde el 01 de enero de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2019, e intereses moratorios por \$13.193.050,11 pesos m/cte., a la tasa de interés bancario, con un lucro cesante hasta que se dicte sentencia y se haga efectivo por parte de la entidad; dinero que debió hacer parte de su mínimo vital, el cual se vio disminuido y lo privó de un mejor bienestar para él y su familia.

Agregó que la entidad propuso un acuerdo conciliatorio, sin comparecer al mismo, obligando al demandante a acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, prolongando el daño antijurídico. Asimismo, indicó que el costo de los honorarios de abogado y el tiempo en que la entidad hace incurrir al actor componen un daño antijurídico que no tiene por qué soportar, por una omisión en el cumplimiento de sus funciones, previendo que no hubo mala fe en su proceder, por lo que solicita se indemnice al actor con la suma de 50 SMLMV, considerado que ello se ajusta a la realidad de los hechos y como garantía de no repetición por parte de la entidad demandada.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **14 de diciembre de 2020**¹, 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 numeral 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, 4433 de 2004 y 1858 de 2012), además, conforme lo expresa la prohibición, especialmente del párrafo 49 del Decreto 1091 de 1995, no era procedente incluir en la asignación de retiro partidas adicionales, lo cual de igual manera encuentra sustento en la Hoja de Servicios del demandante, en la cual se indican las partidas computables para su asignación de retiro y los montos a los que ascienden, con lo cual la entidad demandada ha reconocido y liquidado la prestación hasta la actualidad, en aplicación a las normas previamente citadas, las cuales son claras en establecer la manera de liquidar, teniendo en cuenta los últimos factores percibidos a la fecha fiscal de retiro, lo cual implica la imposibilidad de efectuar variaciones a los mismos.

¹ El memorial fue allegado el domingo 13 de diciembre de 2020, a las 4: 21 p.m., razón por la cual se entiende presentado al día hábil siguiente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **07 de septiembre de 2021**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, señalando que es el propio acto administrativo demandado el que reconoce las pretensiones de la demanda al aceptar que no fueron incrementadas las partidas de subsidio de alimentación y duodécimas partes de las primas de servicios y navidad, reconociendo que no les fue aplicado el principio de oscilación, el cual, según el Consejo de Estado, debe aplicarse a las asignaciones de retiro, pensión de invalidez y pensión de sobrevivientes.

Manifestó que se incurre en la responsabilidad prevista en el artículo 90 de la Constitución Política, tanto por acción como por omisión de un deber normativo en el que deben concurrir: i) un daño antijurídico o lesión, y ii) que este sea imputable a la acción u omisión de un ente público, concluyendo que el actor ha sufrido una afectación patrimonial que no estaba en la obligación de soportar, independientemente de si fue un error o si hubo intención en la omisión, que no sólo lo afectó a él sino a todo el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Indicó que el daño es: i) cierto porque causó un desmedro patrimonial al actor desde el año 2011; ii) personal, por cuanto se afectó al actor y a su núcleo familiar, en cuanto al poder adquisitivo, canasta familiar, vestuario, educación, bienes y servicios durante 10 años, y su mínimo vital; y iii) antijurídico y/o ilícito por cuanto transgredió normas que regulaban el principio de oscilación de su asignación de retiro, presentándose esta omisión únicamente frente al personal del Nivel Ejecutivo con asignación de retiro.

Reiteró que, de concederse la prescripción de oficio, se aplique la cuatrienal establecida en el artículo 60 del Decreto 1091 de 1995, por ser más favorable a la prevista en el Decreto 4433 de 2004, trienal.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la parte demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el día **16 de septiembre de 2021**, presentó alegatos de conclusión señalando que se encontró que la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo está siendo liquidada con aplicación al incremento anual decretado por el Gobierno Nacional sólo respecto de las partidas denominadas “salario básico” y “retorno a la experiencia”, sin que dicho incremento repercuta sobre las partidas de subsidio de alimentación, duodécima parte de la prima de servicios, duodécima parte de la prima de vacaciones, y duodécima parte de la prima de navidad, devengadas en los años posteriores al reconocimiento.

Manifestó que, en consonancia con lo anterior, el Gobierno Nacional para la vigencia 2019 expidió el Decreto 1002 del 06-06-2019, por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de la Fuerza Pública, entre otros, estableciendo un ajuste de los salarios y prestaciones del 4,5% retroactivo a partir del 01-01-2019; situación por la cual se dispuso la aplicación del reajuste vía administrativa a los montos de las partidas objeto de estudio, de manera paralela con el incremento de la prestación conforme al decreto precedente, estrategia que subsana los reconocimientos de las asignaciones de retiro efectuadas en las vigencias 2018 y 2019 en adelante para el personal del nivel ejecutivo, superando en lo sucesivo el hecho causante de la exclusión del aumento porcentual del monto de las partidas que permanecieron fijas en la prestación reconocida.

Adujo que, como resultado de un esfuerzo institucional para la solución efectiva de lo evidenciado, previa realización de mesas técnicas de carácter interinstitucional se dispuso la realización del reajuste porcentual del monto de las partidas que desde su génesis permanecieron fijas en la prestación reconocida, ello de acuerdo con la base de liquidación que conforman la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional actualización que se realiza a partir del reconocimiento y que se evidenciaría en la prestación a partir del 01-01- 2020.

Puso de presente que la entidad demandada ha tomado una posición conciliatoria en los casos como el que nos ocupa actualmente, y solicitó que

no se le condene en costas ni agencias en derecho, principalmente en razón a las actuaciones ajustadas a derecho, tanto sustancial como procesalmente, e igualmente reconocer el esfuerzo institucional que ha realizado la entidad para dar solución a las controversias de este tipo, a nivel nacional, y en garantía de los derechos de sus afiliados.

4.3. Agente del Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

Mediante correo electrónico del 16 de septiembre de 2021, el extremo pasivo de la controversia allegó al Despacho la Certificación del Comité de Conciliación de la entidad, así como la liquidación a reconocer para efectos de conciliar la presente controversia.

Por lo anterior, este Despacho, mediante auto del 14 de octubre de 2021, puso en conocimiento de la parte demandante la señalada documental, con el objeto de que se pronunciara sobre su acuerdo o desacuerdo respecto de la misma. Así las cosas, al apoderado de la parte actora mediante memorial allegado vía correo electrónico el 19 de octubre de 2021, indicó que a su poderdante no le asistía ánimo conciliatorio, razón por la cual mediante la presente providencia se dicta la sentencia correspondiente.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Petición elevada por el actor a través de apoderado, con radicado No. 20201200-010044772 ID: 534902 de fecha 2020-01-31, a través de la cual solicitó a la entidad demandada la reliquidación de la asignación mensual de retiro del actor, en los valores correspondientes a las

duodécimas partes de las primas de servicios, vacaciones, y navidad, y del subsidio de alimentación, de conformidad con el principio de oscilación.

5.2.2. Oficio No. 548780 del 05 de marzo de 2020, mediante el cual la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada, atendió la petición No. 534902 del 31/01/2020, negando el reajuste de las primas de navidad, servicios, vacacional y subsidio de alimentación al demandante.

5.2.3. Hoja de servicios No. 79356129, del señor GIOVANNY RAMÍREZ SALGADO.

5.2.4. Resolución No. 5991 del 19 de octubre de 2010, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la asignación mensual de retiro al demandante a partir del 18 de octubre de 2010.

5.2.5. Liquidación de asignación de retiro del demandante.

5.2.6. Certificación del 05 de marzo de 2020, expedida por el Coordinador del Grupo CITSE de la entidad demandada de la asignación mensual del actor y sus descuentos, de conformidad con las nóminas de los meses de agosto de los años 2011 a 2014.

5.2.7. Desprendibles de pago del actor de los meses de agosto de los años 2015 a 2019.

5.2.8. Conciliación extrajudicial declarada fallida.

5.2.9. Páginas 20 a 23 del Informe de gestión CASUR – vigencia 2019, relacionadas con el Proceso de Gestión de Sostenibilidad; así como la página 66 del mismo, contentiva de cuadros de género, estado civil, categoría retiro, grado retiro, estrato y oportunidades laborales.

5.2.10. Expediente administrativo del demandante.

5.3. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: **i)** si con la expedición del acto administrativo identificado como Oficio No. 548780 del 05 de marzo de 2020, por medio del cual se negó al demandante la reliquidación de la asignación mensual de retiro, sobre las partidas computables de subsidio de alimentación, y duodécimas partes de las primas de navidad, de servicios y de vacaciones, se incurrió en las causales de nulidad alegadas, que desvirtúen su legalidad, por dejar de aplicar sobre las mismas el principio de oscilación, desde el 01 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2019; y **ii)** si hay lugar al reconocimiento de daños y perjuicios a favor del demandante, por la suma de 50 SMMLV.

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 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1091 del 27 de junio de 1995**, el cual consagró el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en el cual estableció la base de liquidación, 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 *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”.

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 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).

Cabe advertir, que el H. Consejo de Estado en sentencia del **14 de febrero de 2007**², 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 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. 7° - 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*

² Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, Expediente radicado número 1240-04

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 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 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 2º 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 2012³.

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

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:

³ Expediente: 0290-06(1074-0)7 radicación: 110010325000200600016-00, Actor: Juan Carlos Beltrán Bedoya, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

“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 Giovanni Ramírez Salgado pretende que se ordene a la entidad demandada que se reajusten las partidas de las duodécimas partes 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 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:

TIEMPO PARA PRESTACIONES SOCIALES			
NOVEDAD	F. INICIO	F. TÉRMINO	TOTAL A M D
SERVICIO MILITAR	06 Nov 1984	30 May 1986	1-6-24
AGENTE ALUMNO	08 Sep 1986	28 Feb 1987	0-5-20
AGENTE NACIONAL	01 Mar 1987	11 Jul 1991	4-4-10
SUBOFICIAL	12 Jul 1991	14 Abr 1994	2-9-2
NIVEL EJECUTIVO	15 Abril 1994	18 Jul 2010	16-3-3
ALTA TRES MESES	18 Jul 2010	18 Oct 2010	00-03-00
DIFERENCIA AÑO LABORAL DR 1091 27 Jun 1995			0-4-14
TOTAL	VEINTISEIS AÑOS CERO MESES TREECE DÍAS		26-0-13

TIEMPO DECRETO 4433 DEL 31-12-2004			
NOVEDAD	F. INICIO	F. TÉRMINO	TOTAL A M D
SERVICIO MILITAR	06 Nov 1984	30 May 1986	1-6-24
AGENTE ALUMNO	08 Sep 1986	28 Feb 1987	0-5-20
AGENTE NACIONAL	01 Mar 1987	11 Jul 1991	4-4-10
SUBOFICIAL	12 Jul 1991	14 Abr 1994	2-9-2

NIVEL EJECUTIVO	15 Abril 1994	18 Jul 2010	16-3-3
ALTA TRES MESES	18 Jul 2010	18 Oct 2010	00-03-00
TOTAL VEINTISEIS AÑOS CERO MESES SIETE DÍAS			
			26-0-7

En ese sentido, se observa que el actor ingresó al servicio militar de la Policía Nacional el 06 de noviembre de 1984, y como agente alumno el 08 de septiembre de 1986, ascendiendo al Nivel Ejecutivo desde el 15 de abril de 1994 hasta el 18 de julio de 2010, siendo retirado del servicio por solicitud propia, a partir esa misma fecha.

Por lo anterior, a través de la Resolución No. 5991 del 19 de octubre de 2010, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció al actor una asignación de retiro equivalente al 87% del sueldo básico devengado en actividad para el grado y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 18 de octubre de 2010, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1091 de 1995, 1791 del 2000 y 4433 de 2004.

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

PARTIDAS LIQUIDABLES		
PARTIDA	Porcentaje	Valores
SUELDO BÁSICO		1,836,794
PRIM. RETORNO EXPERIENCIA	7.50%	137,760
1/12 PRIM. NAVIDAD		212,675
1/12 PRIM. SERVICIOS		83,894
1/12 PRIM. VACACIONES		87,390
SUB. ALIMENTACIÓN		38,903
VALOR TOTAL...		2,397,416
% Asignación		87
Valor Asignación:		2,085,751

Así las cosas, del acto administrativo acusado se advierte que la entidad demandada señaló que, el Gobierno Nacional, para la vigencia 2019, expidió

el Decreto 1002 del 06 de junio de dicho año, fijando los sueldos básicos para el personal de la Fuerza Pública y dispuso, entre otros asuntos:

“[L]a aplicación del reajuste vía administrativa a los montos de las partidas objeto de estudio de manera paralela con el incremento de la prestación conforme al Decreto precedente, estrategia que subsana los reconocimientos de las asignaciones de retiro efectuadas en las vigencias 2018 y 2019 en adelante para el personal del nivel ejecutivo, siendo estas últimas fechas en las que ha habido un significativo número de reconocimientos de asignación de retiro a esta población, superando en lo sucesivo el hecho causante de la exclusión del aumento porcentual del monto de las partidas que permanecieron fijas en la prestación reconocida.

*Como resultado de un esfuerzo institucional para la solución efectiva de lo evidenciado, previa realización de mesas técnicas de carácter interinstitucional, se dispuso la realización del reajuste porcentual del monto de las partidas que desde su génesis permanecieron fijas en la prestación reconocida, de acuerdo con la base de liquidación que conforman la asignación de retiro del personal ejecutivo de la Policía Nacional, **actualización que se realiza a partir del reconocimiento y que se evidenciará e la prestación a partir del 01-01-2020**” (Negrillas del Despacho).*

De esta forma, 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, 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 548780 del 05 de marzo de 2020, por medio del cual la entidad demandada negó el reajuste de las duodécimas partes de las primas de navidad, servicios y vacaciones, y el 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 del 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 las duodécimas partes de la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y el subsidio de alimentación.

5.6.1. Del reconocimiento de daños y perjuicios

En lo que respecta a la pretensión de la demandante de obtener el reconocimiento, por concepto de daños y perjuicios, de la suma de 50 SMMLV, el Despacho observa que en la demanda se señala:

- i) Que la omisión de la entidad demandada a lo largo de nueve años causó un detrimento en la asignación de retiro no solo del actor sino de todos los afiliados de CASUR, que enriquecieron sin justa causa a la entidad y empobrecieron a aquellos;
- ii) Que el daño se causó desde el momento del reconocimiento de la asignación y que, entre mayor tiempo de retirado, mayor fue el daño, de lo que concluye que la entidad ha capitalizado e invertido en otros negocios que le han generado más ganancias;
- iii) Que el actor ha sufrido un detrimento por solo capital de \$11.678.306,39 pesos m/cte., por la diferencia entre lo pagado por CASUR y lo correspondiente realmente por principio de oscilación, desde el 01 de enero de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2019, e intereses moratorios por \$13.193.050,11 pesos m/cte., a la tasa de interés bancario, con un lucro cesante hasta que se dicte sentencia y se haga efectivo por parte de la entidad, dinero que debió hacer parte de su mínimo vital, el cual se vio disminuido y lo privó de un mejor bienestar para él y su familia;
- iv) Que la entidad propuso un acuerdo conciliatorio, sin comparecer al mismo, obligando al demandante a acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, prolongando el daño antijurídico; y
- v) Que el costo de los honorarios de abogado y el tiempo en que la entidad hace incurrir al actor componen un daño antijurídico que no tiene

por qué soportar, por una omisión en el cumplimiento de sus funciones, previendo de que no hubo mala fe en su proceder.

Al respecto, es preciso señalar que los perjuicios presuntamente causados a otros miembros del Nivel Ejecutivo no son objeto del presente asunto, así como tampoco se puede decir que por la omisión de la entidad se haya empobrecido el patrimonio del actor, especialmente su mínimo vital, toda vez que el pago de su asignación de retiro ha sido realizado oportunamente.

De igual forma, resulta importante mencionar que la conciliación extrajudicial es un mecanismo de solución de conflictos de carácter particular y de contenido patrimonial y, en la medida en que se trata de un mecanismo alternativo de solución de controversias puede o no llevarse a cabo; de manera que, no es de recibo el argumento de la parte actora según la cual se le deben las sumas deprecadas por no haber asistido la entidad a la audiencia convocada.

Asimismo, como se mencionó con antelación, el Despacho accederá a la pretensión del actor relacionada con el reajuste de las partidas computables en su asignación de retiro que permanecieron fijas, razón por la cual, las mismas sumas dejadas de percibir, que el demandante incluye dentro de su pretensión de daños no pueden ser concedidas.

Del mismo modo, se debe señalar que el argumento según el cual la suma que se exige actúa como garantía de no repetición, carece de fundamento pues –como se mencionó con precedencia– la entidad demandada realizó el reajuste desde el año 2020, garantizando con ello que la falta de aplicación del principio de oscilación no se repetirá.

Visto todo lo anterior, resulta importante invocar la sentencia expedida el 18 de julio de 2002, por el Consejo de Estado, bajo la radicación No. 25000-23-25-000-2000-06155-01(5165-01), en la cual se señaló:

*“En cuanto a la condena de perjuicios morales, no obra en el proceso prueba siquiera alguna de la que pueda inferirse la aflicción sufrida por la demandante, por la negativa de la administración a reconocer la prima de actualización, **pues no puede olvidarse que al interesado le corresponde, por mandato legal (artículo 177 del C. de P.C.),***

probar el supuesto de hecho en el cual se fundamenta su pretensión” (Negrillas del Despacho).

Disposición que, en la normativa vigente, se encuentra prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso, cuyo inciso primero reza:

“Artículo 167. Carga de la prueba. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

(...)”

Por lo anterior, no habiéndose probado los perjuicios que la parte demandante asegura haber sufrido, el Despacho denegará la pretensión bajo estudio.

5.7. 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 Segunda⁴, 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 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 19 de octubre de 2010, efectiva a partir del 18 del mismo mes y año, y presentó reclamación administrativa mediante escrito radicado 20201200-010044772 Id: 534902 el **31 de enero de 2020**, razón por la cual, las mesadas de la asignación de

⁴ 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.

retiro anteriores al **31 de enero de 2017**, 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, 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 nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 548780 del 05 de marzo de 2020, proferido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio del cual se negó el reajuste de las duodécimas partes de las primas de navidad, servicios y vacaciones, así como el subsidio de alimentación al demandante.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al **31 de enero de 2017**, 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 **GIOVANNY RAMÍREZ SALGADO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.356.129, aplicando el principio de oscilación no sólo para la asignación básica y la prima de retorno a la experiencia, sino también para las duodécimas partes de la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y el

subsidio de alimentación, a partir del **31 de enero de 2017**, 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 **GIOVANNY RAMÍREZ SALGADO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.356.129, 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: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

SÉPTIMO: 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.

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

NOVENO: 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

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 035 de hoy 10 de diciembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
Bogotá, D.C. - 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: **57194120a5eda33cf3faea5c7d9bb3492ea3a726be47c233ee90e9a74cc7ccf0**
Documento generado en 05/12/2021 06:01:11 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 DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2021-00061-00**
Demandante: JULIO ENRIQUE GALINDO PIZARRO
Demandada: BOGOTÁ, D. C. – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ –
SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO
Asunto: SENTENCIA

El señor **JULIO ENRIQUE GALINDO PIZARRO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79'505.830 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 BOGOTÁ, D. C. – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. PRETENSIONES Y HECHOS

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

1.1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020, mediante la cual la entidad demandada terminó el nombramiento provisional efectuado al señor Julio Enrique Galindo Pizarro, en el empleo de Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 13, de la Planta de Empleos de la Secretaría Distrital de Gobierno.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó que se condene a la entidad demandada a:

1.1.2. Reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando o a otro empleo de igual o superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio, con retroactividad a la fecha de la terminación de su nombramiento.

1.1.3. Reconocer y pagar las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes al cargo, con efectividad a la fecha de la desvinculación de la entidad, hasta cuando sea reincorporado al servicio, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de terminación del nombramiento.

1.1.4. Actualizar la condena respectiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C. P. A. C. A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la desvinculación hasta la ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

1.1.5. Disponer para todos los efectos legales, que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

1.1.6. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 187 del C. P. A. C. A.

1.1.7. Pagar los intereses moratorios, en el evento que no se efectuó el pago de forma oportuna, como lo ordena el Código General del Proceso.

1.1.8. Pagar las costas y agencias en derecho.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Nació el 4 de marzo del año 1969 y para la fecha de presentación de la demanda tenía 50 años y 11 meses de edad.

1.2.2. Desde el 9 de agosto de 2011, ejerció el cargo de **Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 13**, de la Secretaría Distrital de Gobierno, desempeñando el empleo de manera óptima, eficiente, puntual y con esmero, cumpliendo eficientemente todas las funciones asignadas al cargo y sin queja alguna.

1.2.3. Desde hace 5 años fue diagnosticado con Hipertensión Arterial Crónica de difícil manejo y actualmente se encuentra medicado, tal como lo

prescribió la EPS Salud Total, además asiste a endocrinología, debido a un tumor en la hipófisis y fue remitido a Neurología.

1.2.4. La Dirección de Gestión de talento Humano de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., le envió un memorando, en virtud de los resultados del examen periódico ocupacional, con la nota de “NO SATISFACTORIO”, con restricciones de carácter temporal para evitar que empeoren las patologías presentadas a nivel Osteomuscular y Cardiovascular, cuya finalidad es supervisar la exposición a factores de riesgos e identificar los resultados médicos entregados el día de la valoración.

1.2.5. El 5 de enero de 2018, contrajo matrimonio con la señora Aura Edith Ramírez Márquez, con quien tenía un hogar desde hacía más de 12 años, el cual conformaba con una hija menor, quien se encuentra a su cargo económicamente.

1.2.6. La hija menor se encontraba afiliada como beneficiaria en el sistema de salud al que cotizaba el actor como empleado de la entidad demandada, quien desde el año 2014, fue diagnosticada con PTI Purpura Trombocitopénica Idiopática y cursaba undécimo nivel de educación en el Instituto Cultural Ciudad Kennedy.

1.2.7. El actor se encuentra bajo el amparo y protección de la estabilidad laboral reforzada, a causa de: a) su estado de debilidad manifiesta, como consecuencia de la patología que padece, la cual requiere de manera permanente un tratamiento médico y b) por su calidad de padre cabeza de familia, tal como lo reconoció el Departamento de Recurso Humano de la entidad demandada, dado que el sustento que percibe le permitía satisfacer las necesidades de su esposa e hija.

1.2.8. Mediante la Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020, la entidad demandada terminó el nombramiento provisional efectuado al actor y se nombró en periodo de prueba a la señora Maribel Arias Ruiz, en el cargo de Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 13, dado que fue ofertado con la OPEC No. 75780, con ocasión del proceso de selección No. 740-2018 del Distrito Capital.

1.2.9. En virtud de lo anterior, remitió varios escritos a la entidad demandada, reiterando su calidad de padre cabeza de familia y la patología

que sufre, con el fin de que se evitara la causación de un perjuicio irremediable, por cuanto no tendría asistencia médica, como tampoco el ingreso de su salario para la manutención de él y su familia, amén que no medió autorización del Ministerio del Trabajo. Igualmente, manifestó que en la Secretaría existían otros cargos en los que podía ser reubicado, entre los que se encontraban los de **Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 19**, el cual estaba vacante, debido a que su titular adquirió el estatus de pensionado y el de **Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 27**, toda vez que quien lo ejercía ocupó otro empleo.

1.2.10. El 21 de febrero de 2020, fue a reclamar los medicamentos que se le habían agotado y la Doctora Cindy Lorena Castro, Médica General de la IPS Virrey Solís, certifica las patologías que presenta y señala que debe asistir a controles mensuales.

1.2.11. Actualmente tiene pendientes citas médicas por neurología y del endocrinólogo, debido a que no fue posible programarlas por habilitación de agenda médica con los especialistas.

1.2.12. A pesar de haber solicitado su amparo constitucional sobre la estabilidad laboral reforzada que lo protege, no fue posible que lo reubicaran, sin importar la causación del perjuicio irremediable al que se encuentra expuesto él y su núcleo familiar, al quedar desprotegidos en la salud, en su mínimo vital, entre otros.

1.2.13. Con el fin de procurar la pronta protección de los derechos fundamentales, se instauró una acción de tutela, la cual le correspondió por reparto al Juzgado 32 de Pequeñas Causas de Bogotá D.C., quien el 10 de marzo de 2020, profirió sentencia desfavorable, decisión que fue objeto de impugnación, recurso que fue desatado por el Juzgado 35 del Civil del Circuito de Bogotá, Despacho que, a través de providencia del 13 de mayo de 2020, confirmó la sentencia de primera instancia.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidos los artículos 1°, 2°, 11, 13, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Sostuvo que los empleados públicos tienen derecho a exigir del Estado que tanto los nombramientos como las remociones, se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario, se generan irregularidades y desviaciones como las acontecidas en el *sub lite*.

Manifestó que el demandante gozaba de inamovilidad relativa, debido a la estabilidad laboral reforzada y para poder prescindir de sus servicios la Secretaría Distrital de Gobierno tenía que agotar la autorización del Ministerio del Trabajo, situación que no se presentó, de modo que, al expedirse el acto demandado se desconoció el justo equilibrio previsto entre los derechos del funcionario y los intereses de la administración.

Adujo que la entidad demandada en su política equivocada de manejo de personal, desatendió arbitrariamente las virtudes, talentos e idoneidad del demandante, por lo que el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento no se encuentra debidamente motivado, teniendo en cuenta que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la facultad discrecional no es absoluta, sino que va encaminada al logro de buen servicio público.

Finalmente, citó jurisprudencia de la H. Corte Constitucional orientada a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, a través de escrito allegado el **8 de junio de 2021**, vía correo electrónico, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Precisó que el cargo que ocupó el actor era de carrera administrativa, pero su nombramiento nunca tuvo tal connotación, pues fue en provisionalidad y su desvinculación devino como consecuencia del nombramiento de la persona que superó el concurso de méritos, por lo que el acto administrativo

demandado se expidió en forma legal, motivado, ajustado a derecho y en procura del buen funcionamiento del servicio de la entidad.

Refirió que la vinculación, mediante provisionalidad, fue consagrada por el legislador como una medida transitoria y excepcional para la provisión de cargos públicos ante la vacancia definitiva o temporal de empleos en carrera, razón por la cual las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites necesarios para suplir los empleos a la mayor brevedad, para atender las necesidades del servicio.

Indicó que el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015, establece que las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible, a través de encargo con empleados de carrera.

Aludió que, según la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que se ocupó de citar, los nombramientos efectuados en provisionalidad no gozan de estabilidad reforzada, por cuanto están provistos por personal que no superó el procedimiento para vincularse en propiedad en el cargo de carrera; sin embargo, el nominador no adquiere discrecionalidad para disponer del empleo como si se tratara de un cargo de libre nombramiento y remoción.

En ese sentido, sostuvo que el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio público, por lo tanto, el funcionario tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso y, por ende, no goza de la estabilidad reforzada.

Manifestó que, mediante la Resolución No. 0620 del 8 de agosto de 2011, se nombró al actor en el cargo de Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 13, dentro de la planta global de la Secretaría Distrital de Gobierno y a través de la Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020, fue desvinculado de la entidad, por cuanto, se nombró en periodo de prueba a la señora Maribel Arias Ruiz, para desempeñar dicho cargo, el cual fue ofertado con la OPEC No. 75780 del proceso de selección No. 740-2018 - Distrito Capital, de manera que, la separación del cargo obedeció a la provisión en carrera del cargo que ocupaba, concluyéndose que el acto administrativo se encuentra debidamente motivado.

Adujo que la Dirección de Talento Humano informó que en la historia médico ocupacional del demandante, únicamente reposan documentos relacionados con la enfermedad cardiovascular, osteomuscular y el tumor en la hipófisis, el cual es benigno, tal como se concluye del examen periódico que le fue realizado el día 24 de agosto de 2018 y del examen de egreso practicado el 4 de marzo de 2020; sin embargo, en el expediente no obran las otras enfermedades que menciona, como la hipertensión, patologías que, en todo caso, no cumplen con la condición requerida por la jurisprudencia emanada por las altas cortes para ser catalogado como sujeto de especial protección constitucional, pues no son consideradas como enfermedades catastróficas, dado que en el artículo 117 de la Resolución No. 5261 de 1994, se estableció lo siguiente:

“Son patologías CATASTRÓFICAS aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguientes procedimientos: Trasplante renal, diálisis, neurocirugía sistema nervioso, cirugía cardíaca, reemplazos articulares, manejo del gran quemado, manejo del trauma mayor, manejo de pacientes infectados por VIH, Quimioterapia y radioterapia para el cáncer, Manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos, tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas”.

Afirmó que en el concurso de méritos denominado Convocatoria No. 740 de 2018, adelantado por la Secretaria Distrital de Gobierno, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se tuvo en cuenta la protección especial de la que gozaban algunos servidores públicos, pues se dio aplicación al Concepto Marco 09 de 2018 del Departamento Administrativo de la Función Pública, que definió cómo opera el retiro de provisionales que se encuentren en situación de discapacidad, pre-pensionados o que sean madres o padres cabeza de familia, o mujer en embarazo, en razón a la aplicación de listas de elegibles resultantes de un concurso de méritos, concepto que tiene su origen en la sentencia SU-446 de 2011, la cual explicó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativas tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

En ese sentido, precisó que la Dirección de Talento Humano tuvo en cuenta la protección especial de la que gozaba el actor, por ser padre cabeza de familia,

pues en el mismo acto administrativo que dio por terminado su nombramiento provisional, se plasmó que de acuerdo *“al análisis de las acciones afirmativas y mecanismos posibles, en concordancia con la SU 446 de 2011, se observa que en la planta de personal de la Secretaría Distrital de Gobierno, no existe empleo igual o superior vacante para ser provisto en provisionalidad por el funcionario GALINDO PIZARRO JULIO ENRIQUE”*.

De otro lado, la apoderada de la entidad demandada propuso la excepción de **Caducidad**, señalando que en el presente caso, se pretende la nulidad de la Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020, mediante la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del demandante, acto administrativo que fue notificado el 17 de febrero de 2020 y según el auto admisorio de la Procuraduría 127 Judicial II para Asuntos Administrativos, la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 22 de octubre de 2020, razón por la cual, el medio de control se encuentra caducado.

Por su parte, el apoderado del actor mediante escrito allegado vía correo electrónico el **7 de septiembre de 2021**, recorrió el traslado de la excepción propuesta por la entidad demandada, oponiéndose a su prosperidad.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito radicado, a través de correo electrónico el día **30 de septiembre de 2021**, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, en torno a: **i)** que la entidad demandada no cumplió con la obligación legal de agotar previamente la solicitud ante el Ministerio de Trabajo, con el objeto de que emitiera su pronunciamiento frente a la viabilidad de la desvinculación del demandante; **ii)** que este ostenta fuero de estabilidad reforzada, debido a las enfermedades que padece, condición que era de conocimiento de la Oficina de Talento Humano y **iii)** la acción de tutela que promovió, la cual interrumpe o suspende todo término a favor del demandante.

Señaló que las pruebas documentales, son suficientes para demostrar la real y efectiva relación laboral que existió entre las partes inmersas en el litigio y

del conocimiento que tenía la entidad, frente a la calidad de sujeto de especial protección que gozaba el actor, la cual no tuvo en cuenta al momento de retirarlo del servicio.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, a través de escrito del **30 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico, el mismo día, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, reproduciendo el sustento de la contestación de la demanda y concluyendo lo siguiente:

- La desvinculación del demandante obedeció a la provisión en carrera del cargo que ocupaba en provisionalidad, lo cual constituye una justa causa que objetivamente sustenta la separación del cargo, en atención a la estabilidad laboral intermedia del nombramiento provisional.
- En la historia médico ocupacional del demandante, únicamente reposan documentos relacionados con la enfermedad cardiovascular, osteomuscular y el tumor en la hipófisis y no sobre las otras enfermedades que menciona, como la hipertensión, patologías que en todo caso no son consideradas como enfermedades catastróficas, de conformidad con la Resolución 5261 de 1994.
- Con el examen periódico que le fue realizado el día 24 de agosto de 2018 y con el examen de egreso practicado el 4 de marzo de 2020, se confirmó que el tumor en la hipófisis es benigno.
- Para el caso del demandante, la Dirección de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Gobierno, tuvo en cuenta la protección especial de la que gozaba por ser padre cabeza de familia, pues realizó el análisis de las acciones afirmativas y mecanismos posibles, en virtud de lo dispuesto en la providencia SU 446 de 2011, en concordancia con el Concepto Marco 09 de 2018 del Departamento Administrativo de la Función Pública, observándose que en la planta de personal de la Secretaría Distrital de Gobierno, no existe empleo igual o superior vacante para ser provisto en provisionalidad por el demandante.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que el señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Sea lo primero señalar que, para la presentación de la demanda, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se estableció el término de cuatro (4) meses, para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por su parte, el numeral 1° del artículo 161 del C. P. A. C. A., modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021, contempló que el trámite de la conciliación extrajudicial, el cual constituye requisito de procedibilidad en algunos asuntos sometidos a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, será **facultativo en temas laborales**, como ocurre en el asunto objeto de debate, de modo que, al acudir a la Procuraduría General de la Nación con tal fin, se suspende el término de caducidad para promover el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por el lapso que se surta dicho procedimiento, el cual, en principio no podía superar de tres (3) meses, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 de la Ley 640 de 2001, a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 20. Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.

(...)”.

A su vez, el artículo 21, de dicha disposición legal, señaló:

“ARTÍCULO 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable” (subrayas del Juzgado).

No obstante, el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, expedido en el marco de la emergencia sanitaria que atraviesa el país, como consecuencia del nuevo coronavirus COVID-19, en el artículo 9, amplió el término para el trámite de conciliaciones extrajudiciales, el cual será de cinco (5) meses, así:

“ARTÍCULO 9. Conciliaciones no presenciales ante la Procuraduría General de la Nación.

(...)

Modifíquese el plazo contenido en los artículos 20 y 21 de la Ley 640 de 2001 para el trámite de las conciliaciones extrajudiciales en materia civil, de familia, comercial y de lo contencioso administrativo a cargo de la Procuraduría General de la Nación, el cual será de cinco (5) meses. Presentada copia de la solicitud de convocatoria de conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos ante la entidad convocada, el Comité de Conciliación contará con treinta (30) a partir de su recibo para tomar la correspondiente decisión.

Los términos previstos en el inciso anterior serán aplicables también a las solicitudes de convocatoria de conciliación extrajudicial radicadas con antelación a la vigencia del presente decreto y que aún se encuentren en trámite al momento de la expedición del mismo.

Lo dispuesto en el presente artículo tendrá vigencia hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social” (subrayado ajeno al texto).

De otro lado, el artículo 1º del Decreto 564 del 15 de abril de 2020, “Por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, indicó:

“ARTÍCULO 1. Suspensión de términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales.

El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente” (subrayado del Despacho).

De la normatividad en cita, se concluye que, a partir del **16 de marzo de 2020**, se suspendió el término de caducidad para promover el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reanudándose el **1 de julio de la misma anualidad**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, según el cual:

“Artículo 1. Levantamiento de la suspensión de términos judiciales. La suspensión de términos judiciales y administrativos en todo el país se levantará a partir del 1 de julio de 2020 de conformidad con las reglas establecidas en el presente Acuerdo”.

Ahora bien, respecto a la fecha en que inicia el conteo de la caducidad para promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el acto administrativo que se demanda implica el retiro del servicio, como se presenta en el caso *sub examine*, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, en providencia del 20 de abril de 2021, proferida por el C. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 05001-23-33-000-2017-02015-01(0976-21), precisó que esta surge, **a partir del día siguiente en que tiene lugar la desvinculación del servidor**, al sostener:

“Para el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento, cuando se trata de actos administrativos que implican el retiro del servicio, el momento de la desvinculación resulta ser de trascendental importancia, teniendo en cuenta que marca el límite temporal de terminación de la vinculación laboral con la entidad y, bajo ese entendido, es allí donde se materializa para el interesado la lesión a su derecho subjetivo.

*Respecto al tema, esta sección¹ ha argumentado que **el interés para obrar del demandante, cuando el asunto debatido conlleva el retiro del servicio, nace a partir del día siguiente en que tiene lugar la desvinculación.** Al respecto, se ha dicho:*

*«Ahora bien, teniendo en cuenta que mediante la resolución acusada se retiró del servicio al actor, se precisa que según lo ha reiterado esta Sala, **tratándose de actos de retiro del servicio, el interés para obrar del demandante nace a partir del día siguiente en que tenga lugar la desvinculación, es decir, desde la ejecución del acto***

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, auto del 6 de agosto de 2008, radicación: 08001-23-31-000-2007-00886-01(1389-08) y auto del 4 de mayo de 2016 Radicación: 41001-23-33-000-2013-00022-01(1875-13), argumento que se reiteró en auto del 26 abril de 2018 de la Sección Segunda Subsección A, radicación: 66001-23-33-000-2017-00068-01(2911-17).

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11-001-33-35-018-2021-00061-00

respectivo y no desde su notificación. [...]» (Subraya fuera de texto).

*De lo anterior puede concluirse que **el término de caducidad cuando se trata de asuntos, como el que ahora ocupa la atención del despacho, no se contabiliza a partir de la notificación o comunicación del acto administrativo, sino a partir del día siguiente a la ejecución de la decisión, es decir, se tiene en cuenta la fecha en que materialmente se produjo la desvinculación del servicio***” (negrita fuera del texto).

El anterior criterio jurisprudencial, fue reiterado por la aludida Corporación, en proveído proferido por la Subsección “B”, C. P. Dr. César Palomino Cortés el 29 de julio del año en curso, dentro del proceso No. 25000-23-42-000-2016-01095-01(0334-20), de modo que, en la presente controversia, para efectos de determinar el conteo del término con el que contaba el extremo actor para promover el medio de control de nulidad y restablecimiento, se debe tener en cuenta la fecha a partir de la cual se apartó efectivamente del cargo al demandante y no el día en que se notificó el acto administrativo que lo retiró del servicio, como lo pretende la apoderada de la entidad demandada.

Así las cosas, se encuentra acreditado que, mediante la **Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020**, se terminó el nombramiento en provisionalidad realizado al actor, en el empleo de Auxiliar Administrativo – Código 470 – Grado 13, de la Planta Global de la Secretaría Distrital de Gobierno, **a partir de la fecha de posesión de la persona que se nombró en periodo de prueba**, lo cual sería comunicado por la Dirección de Gestión de Talento Humano.

Ahora, si bien en el plenario no obra la comunicación que en tal sentido realizara la entidad, lo cierto es que en el Memorando No. 20214100050443 del 19 de febrero de 2021, dirigido por la Directora de Gestión de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Gobierno al Director Jurídico, allegado con la contestación de la demanda, se afirmó que, en virtud de la Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020, “*se dio por terminado el nombramiento provisional efectuado al señor JULIO ENRIQUE GALINDO PIZARRO, en el empleo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13, a partir de la fecha de posesión de la señora MARIBEL ARIAS RUIZ, lo cual se hizo efectivo a partir del 03 de marzo de 2020*” – resaltado ajeno al texto-.

En ese sentido, se advierte que el actor contaba, en principio, hasta el **4 de**

noviembre de 2020² (día hábil siguiente, después de la suspensión del término de caducidad), para promover el presente medio de control; sin embargo, el **22 de octubre de dicho año**, a través de apoderado, presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 127 Judicial II para Asuntos Administrativos, esto es, cuando habían transcurrido tres (3) meses y veintidós días (22) días, del término de cuatro (4) meses que dispone la norma para que operara el fenómeno de la caducidad, interrumpiéndose el mismo por ocho (8) días hábiles.

En ese sentido, la Procuraduría 127 Judicial II para Asuntos Administrativos, expidió la constancia de que trata el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, el día **5 de marzo de 2021**, de donde se desprende que el demandante tenía para presentar la demanda hasta el **17 del mismo mes y año**, actuación que se llevó a cabo el **5 de marzo de 2021**, ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá, esto es, dentro del término de cuatro (4) meses establecido en la norma para que caducara la acción, razón por la cual, no tiene vocación de prosperidad el medio exceptivo propuesto por la entidad demandada.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

5.2.1. Registro Civil de Nacimiento de la joven Edith Fabiana Guerra Ramírez, en el que se evidencia que nació el **29 de mayo de 2003** y que sus padres son los señores **Aura Edith Ramírez Márquez y Fabian Alberto Guerra Carrillo**.

5.2.2. **Resolución No. 620 del 8 de agosto de 2011**, a través de la cual la Secretaría Distrital de Gobierno nombró al actor en el cargo de Auxiliar Administrativo – Código 470 – Grado 13, de la planta global de la entidad.

5.2.3. Acta No. 0176, en la cual se dejó constancia que el demandante tomó posesión del cargo el 9 de agosto de 2011.

² Desde el 4 de marzo 2020 (día siguiente al retiro del actor), al 13 de marzo de dicho año (día hábil anterior a la suspensión de términos), transcurrieron 8 días hábiles, por lo que, faltaban 3 meses y 22 días del término de caducidad.

Del 1 de julio de 2020 (reanudación de términos), al 1 octubre de 2020, corrieron 3 meses.

A partir del 2 de octubre de 2020 al 4 de noviembre de la misma anualidad, transcurrieron 22 días.

5.2.4. Partida de Matrimonio de los señores **Julio Enrique Galindo Pizarro y Aura Edith Ramírez Márquez**, expedida por la Parroquia San Francisco de Asís, en la que se evidencia que contrajeron nupcias el **5 de enero de 2018**.

5.2.5. Historias clínicas de la joven Edith Fabiana Guerra Ramírez, expedidas por la Fundación Cardio Infantil y del Instituto Roosevelt.

5.2.6. Memorando No. 20184100356103 del 13 de agosto de 2018, por medio del cual la Directora de Gestión de Talento Humano citó al actor a la valoración médica ocupacional.

5.2.7. Comunicación del 6 de noviembre de 2018, a través de la cual el doctor William Morales Naranjo, Gerente Operativo de Evalúa Salud – Salud Ocupacional, le informó al Departamento de Recursos Humanos de la Secretaría de Gobierno, lo siguiente:

“Atendiendo su amable solicitud me permito dar alcance y ampliación del concepto NO SATISFACTORIO del funcionario GALINDO PIZARRO JULIO ENRIQUE ...

El concepto según protocolos médicos de la institución traduce que su examen periódico es un EXAMEN CON RESTRICCIÓN, la cual en la mayoría de los casos es temporal y tiene por objetivo evitar que la condición desmejore o genere alguna patología a futuro. En el caso que exista alguna patología el objeto es evitar que se complique o se generen otras con ocasión del trabajo y en algunos casos con ocasión de actividades extralaborales”.

5.2.8. Memorando No. 20184100503863 del 15 de noviembre de 2018, por medio del cual la doctora Martha Liliana Soto Iguarán, Directora de Gestión de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Gobierno, le comunicó al demandante, lo siguiente:

“La Secretaría Distrital de Gobierno, a través de la Dirección de Gestión del Talento Humano, realizó la valoración periódica ocupacional con el centro médico Evalúa Salud IPS Salud Ocupacional, contrato No. 678 de 2018, y en los conceptos médicos dados por el proveedor de servicios de salud, se evidencia la expresión “No Satisfactorio”, siendo necesario señalar que son restricciones de carácter temporal para evitar el agravamiento de patologías presentadas a nivel: Osteomuscular, Cardiovascular.

Motivo por el cual, adjuntamos en un (1) folio la ampliación de concepto enviado por Evalúa Salud IPS, cuya finalidad, es supervisar la

exposición a factores de riesgos e identificar alteraciones temporales o permanentes a ser tenidas en cuenta por parte suya, de acuerdo con los resultados médicos entregados el día de la valoración médica”.

5.2.9. Memorando No. 20194100025583 del 22 de enero de 2019, por medio del cual la Directora de Gestión de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Gobierno le comunicó al demandante que, en virtud de los exámenes periódicos llevados a cabo con el proveedor de servicios de salud, se evidenció que se encuentra en riesgo medio o alto, de modo que, lo invitan a participar de la sensibilización de autocuidado, promoción y prevención de la salud, en el taller que tendría lugar el 30 de mayo de 2019, actividad de carácter obligatoria.

5.2.10. Comunicación del 25 de junio de 2019, por medio de la cual el Director de Recaudo y Compensación de Salud Total E. P. S., le informó al demandante que, consultada la base de datos de su afiliación al régimen contributivo, se evidencia que tuvo lugar, a partir del 27 de junio de 2007 y como usuarias inscritas se encuentran la joven Edith Fabiana Guerra Ramírez y la señora Aura Edith Ramírez Márquez.

5.2.11. Declaración con fines extraprocesales llevada a cabo el 26 de junio de 2019, ante la Notaria Sesenta y Ocho (68) del Circuito de Bogotá, en la cual los señores Julio Enrique Galindo Pizarro y Aura Edith Ramírez Márquez, manifestaron que conviven en unión marital de hecho durante 12 años y contrajeron matrimonio el 5 de enero de 2018, compartiendo lecho, techo y mesa. Por su parte, la declarante afirmó que aportó al matrimonio una hija llamada Edith Fabiana Guerra Ramírez, de 16 años de edad, quien está a su cuidado y convive bajo el mismo techo y depende económicamente de los ingresos de su esposo, al igual que ella, dado que se dedica a las labores del hogar.

5.2.12. Oficio No. 20194100575671 del 16 de agosto de 2019, por medio del cual el Director de Gestión de Talento Humano le solicitó al Departamento Administrativo del Servicio Civil, la expedición de un concepto indicando el procedimiento que se debía seguir, con el fin de determinar la totalidad de los funcionarios vinculados en provisionalidad que deben ser apartados del servicio y el criterio para su desvinculación.

5.2.13. Oficio No. 20204100000711 del 3 de enero de 2020, a través del cual la Directora de Gestión de Talento Humano de la Secretaría de Gobierno le informó al actor que acreditó la condición de padre cabeza de familia. Igualmente, le comunicó que, la entidad adelanta el Concurso de Méritos denominado Convocatoria No. 740 de 2018, por intermedio de la Comisión Nacional del Servicio Civil y en virtud del Concepto Marco 09 del 2018, del Departamento Administrativo de la Función Pública, que definió como opera el retiro de provisionales que se encuentren en situación de discapacidad, prepensionados o que sean madres o padres cabeza de familia, en razón a la aplicación de la lista de elegibles, se concluyó que la protección especial de la que gozan algunos servidores nombrados en provisionalidad no prima sobre los derechos que ostentan quienes han superado el concurso de méritos.

5.2.14. Certificación expedida el 15 de febrero de 2020, mediante la cual la señora Lilia Silva de Moreno, Secretaria del Instituto Cultural Ciudad Kennedy, hizo constar que *“el señor JULIO ENRIQUE GALINDO PIZARRO con C.C. No 79.505.830 de Bogotá D.C., padre de la niña FABIANA EDITH GUERRA RAMÍREZ ... es quien realiza los pagos de matrícula, pensión y otros costos educativos. Actualmente la estudiante se encuentra cursando los estudios correspondientes de GRADO UNDÉCIMO (11°) DEL NIVEL DE EDUCACIÓN MEDIA”*.

5.2.15. Certificación expedida el 21 de febrero de 2020, por la doctora Cindy Lorena Castro, Médico General de la I. P. S. Virrey Solís, en la que hace constar que el actor tiene como antecedentes *“HIPERTENSIÓN DE DIFÍCIL MANEJO, TUMOR HIPÓFISIS EN SEGUIMIENTO POR ENDOCRINOLOGÍA Y PROGRAMA INSTITUCIONAL, CONTROLES MENSUALES Y MEDICACIÓN CRÓNICA DEBE ESTAR EN CONTROLES MENSUALES”*.

5.2.16. Historias clínicas del señor Julio Enrique Galindo Pizarro, expedida por la IPS Virrey Solís, en las que consta que padece de hipertensión arterial crónica de difícil control, Estadio II; gastritis, tumor de hipófisis y ginecomastia médica interna.

5.2.17. Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020, por la cual se efectuó el nombramiento en periodo de prueba de la señora Maribel Arias Ruiz, para desempeñar el empleo de Auxiliar Administrativo – Código 470 – Grado 13, de la Planta Global de la Secretaría Distrital de Gobierno, ofertado con la

OPEC No. 75780 del Proceso de Selección No. 740-2018 del Distrito Capital y se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad realizado al demandante, a partir de la fecha de posesión de la persona que se nombró en periodo de prueba.

5.2.18. Correo electrónico del 17 de febrero de 2020, a través del cual la entidad demandada le comunicó al actor el acto administrativo señalado precedentemente.

5.2.19. Sentencia proferida el 13 de mayo de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por el aquí demandante, contra la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Secretaría Distrital de Gobierno, mediante la cual se resolvió la impugnación interpuesta por el accionante frente a las inconformidades del fallo de primera instancia, manteniendo en su integridad la decisión adoptada, en la cual se negó el amparo a los derechos fundamentales invocados.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, en la providencia del 16 de septiembre de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si con la expedición de la Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020, por medio del cual la entidad demandada terminó el nombramiento en provisionalidad realizado al demandante, en el cargo de Auxiliar Administrativo-Código 407 -Grado 13, de la Planta de Empleos de la Secretaría Distrital de Gobierno, se incurrió en causal de nulidad que desvirtuó su legalidad y, por lo tanto, si tiene o no derecho a ser reintegrado en el aludido cargo o en otro de igual o de superior categoría, con el consecuencial pago de las prestaciones salariales y sociales que dejó de sufragar por su desvinculación de la entidad.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO

5.3.1.1. De la vinculación y las causales de retiro de los empleados públicos

El artículo 125 de la Constitución Política, establece la forma de vinculación de los empleados públicos y las causas de retiro, así:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. *Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

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

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

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

PARÁGRAFO. *<Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003.> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”. (Negrita y subrayado del Despacho)*

Por su parte, el artículo 3° de la Ley 909 de 2004, “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, establece que los sistemas específicos de carrera contenidos en dicha disposición, se aplicarán, entre otros, a los empleados públicos que presten sus servicios en las entidades de nivel territorial, entre los que se encuentra, el Distrito Capital.

A su turno, el artículo 1 del Decreto 539 del 29 de diciembre de 2006, “*Por el cual se determina el objeto, la estructura organizacional y las funciones de la Secretaría Distrital de Gobierno y se dictan otras disposiciones*”, preceptuó:

“Artículo 1. NATURALEZA Y OBJETO. *La Secretaría Distrital de Gobierno es un organismo del Sector Central con autonomía administrativa y financiera que tiene por objeto orientar y liderar la formulación y seguimiento de las políticas encaminadas al fortalecimiento de la gobernabilidad democrática en el ámbito distrital y local, mediante la promoción y garantía de la convivencia pacífica, los derechos humanos, el ejercicio de la ciudadanía, la cultura democrática, la seguridad ciudadana y el orden público; la prevención y atención de emergencias; la coordinación del sistema de justicia policiva y administrativa de la ciudad; la promoción de la organización y de la participación ciudadana en la definición de los destinos*

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11-001-33-35-018-2021-00061-00

de la ciudad; y la coordinación de las relaciones políticas de la Administración Distrital en sus distintos niveles” (subrayado del Despacho).

A su vez, el artículo 25 *ejusdem*, señaló:

“Artículo 25°. PLANTA GLOBAL. La Secretaria tendrá un sistema de planta global, cuyos cargos serán distribuidos entre las diferentes dependencias mediante resolución del Secretario de Gobierno, de conformidad con la estructura interna, las necesidades del servicio, los planes, programas y proyectos que aquellas adelanten, la natura”.

Ahora bien, el artículo 5° de la Ley 909 de 2004, clasificó los cargos de los organismos y las entidades que se encuentran sometidas al imperio de esa ley, así:

“Artículo 5°. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

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

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

(...)

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

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

(...)

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11-001-33-35-018-2021-00061-00

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

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

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales. Adicionado por la Ley 1093 de 2006

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera. Adicionado por la Ley 1093 de 2006

Parágrafo Transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá hacer las modificaciones necesarias a la Convocatoria 001 de 2005 con base en la presente ley. Adicionado por la Ley 1093 de 2006” (negrita fuera del texto original).

A su vez, los artículos 23 a 25 de la citada ley, contemplan la provisión de los cargos, de la siguiente forma:

“Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

(...)

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

Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar

al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos **serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera**". (Negrilla y resaltado del Despacho).

Por su parte, los párrafos 2º y 3º del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", dispuso una protección especial frente al orden que debe tener en cuenta la administración, para la provisión definitiva de los empleos de carrera, al sostener:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior **sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades**

que integran el sector administrativo (negrita y subrayado del Despacho).

A su turno, el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, indicó:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.
(Resaltado fuera del texto original).

De conformidad con la normativa señalada, es claro que la provisión de los empleos por vacancia temporal puede ser en forma provisional, cuando no fuera posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Respecto de las causales de retiro del servicio, el párrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, indicó que es “*reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado*”.

A su vez, el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017, señaló:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

De la norma en cita, se concluye que, independientemente de la forma de vinculación, el retiro de los servidores públicos que ocupen un cargo de carrera administrativa, se surte mediante acto motivado, de manera que, el nominador deberá expresar las razones que lo llevaron a tomar la decisión de declarar la insubsistencia³.

³Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, providencia del veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018), expediente número: 25000-23-42-000-2013-01621-01(3660-14), Actor: Harvey Eduardo Franco Laverde, Demandada: Contraloría General de la República.

5.3.1.2. Estabilidad laboral de los cargos en provisionalidad

El Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha determinado que el servidor público nombrado en provisionalidad, se encuentra inmerso en una situación de doble inestabilidad, como quiera que no pertenece al sistema de carrera y, por lo tanto, puede ser desvinculado por razones del servicio o **desplazado por el empleado que hubiese superado el concurso de méritos y tenga derecho a ocupar el cargo**, toda vez que su vinculación no le confiere derechos de permanencia.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en sentencia de unificación del 13 de marzo de 2003, C. P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, dentro del proceso con número de radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01, dispuso:

“ (...)

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Sobre el particular, cada Subsección de la Sección Segunda de esta Corporación, tiene una posición encontrada respecto de la otra, así:

*La Subsección "A", en algunas providencias ha considerado que los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública y en ejercicio de empleos de carrera judicial, gozan de una **estabilidad restringida**, pues para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso.*

La Subsección "B" ha venido sosteniendo, que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos, y que, por ende, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.

Que la provisión de los cargos en provisionalidad (lo que tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto), no implica que la persona provisionalmente designada no pueda ser removida del servicio hasta que se produzca el nombramiento previsto legalmente. "Si quien desempeña un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveer el cargo definitivamente o en propiedad, [...], lo puede hacer, igualmente, en provisionalidad".

*Ahora, esta Sección Segunda, teniendo en cuenta la normatividad señalada y atendiendo a la **necesidad de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el tema, considera:***

El efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo

Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo.

(...)

De otro lado, si de conformidad con los cánones legales aplicables a la carrera en la Rama Judicial, mientras se provee el empleo de carrera mediante concurso, dicho cargo se puede proveer con nombramiento en provisionalidad, **esta circunstancia no implica que quien en esta forma ocupe el cargo quede bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, porque así no lo dispuso la ley.** Y no es posible acudir a normas extrañas a la Rama Judicial para llegar a conclusiones en materia de la carrera propia de esta Jurisdicción.

Admitir lo contrario, conllevaría a conferirle, si no el estatus de empleado de carrera a quien se halla nombrado en provisionalidad, si las garantías propias de tal condición, lo cual se opone a la preceptiva constitucional, pues ello implica un acceso automático a los derechos de la carrera judicial, lo que solamente puede ser el resultado de haber accedido al empleo mediante el sistema de concurso.

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad.

(...)” (resaltado fuera de texto).

Ahora bien, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que dicho sistema es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, razón por la cual, quien se encuentre en la lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos y ocupe el primer lugar, así como los que se encuentren en orden descendente, si se ofertó más de una plaza, ostentan un

derecho adquirido, que no puede ser desconocido, esto es, a tomar posesión del cargo para el cual aspiraron.

Sobre el particular, el máximo órgano de lo constitucional por medio de la sentencia SU-446 de 2011, indicó:

*"La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter **particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta.***

(...)

6.3. Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados. (...)

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer" (Resaltado fuera de texto original).

A su vez, la sentencia T – 180 de 2015, señaló:

"El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.[10]

Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.[11].

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso[13], la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.[14].

(...)

El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125[19] superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte “todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado”[20]. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales [21].

El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva[22], haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo[23].

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso[24], lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal[25]. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

(i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11-001-33-35-018-2021-00061-00

(ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.

(iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por los participantes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa[26].

(iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe[27]. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “ley para las partes” que intervienen en él[28]”. (Resaltado fuera del texto original).

Igualmente, dicha Corporación Judicial mediante Sentencia T-096 de 2018, señaló:

“5.11. En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa.

(...) cuando la persona que ocupa un cargo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como en el presente caso, aunque no le asista el derecho a permanecer indefinidamente en un empleo de carrera, se le debe brindar un trato preferente antes de proceder al nombramiento en período de prueba de quien resultó elegible en un concurso de méritos. **Así entonces, la entidad está en la obligación de adoptar las siguientes medidas: (i) prever mecanismos orientados a garantizar que sean los últimos en**

ser desvinculados del servicio público; (ii) en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquel que venían ocupando en provisionalidad, vincularlos bajo la misma modalidad mientras estos son provistos por el sistema de carrera; (iii) si la situación de debilidad manifiesta se deriva de una grave afectación de salud y, por alguna circunstancia objetiva, resulta imposible su nombramiento en otro empleo, habrá de mantenerse la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud hasta que finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o dicha obligación sea asumida por otro empleador”. (Negrilla del Despacho).

5.3.1.3. De la estabilidad laboral reforzada de los funcionarios públicos en situación de discapacidad

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece la prohibición de despedir a las personas en situación de discapacidad, sin que medie autorización de la oficina de trabajo, así:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la ~~limitación~~ <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha ~~limitación~~ <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona ~~limitada~~ <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su ~~limitación~~ <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.**”

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su ~~limitación~~ <discapacidad><1>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren⁴ (negrita del Despacho)”

Sobre el particular, el Consejo de Estado – Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, C. P. Dr. Cesar Palomino

⁴ 1. - En orden a la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-458-15 de 22 de julio de 2015, Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, se reemplazan las siguientes expresiones:

- Las expresiones “personas con limitación”, “personas con limitaciones”, “persona con limitación”, “población con limitación” o “personas limitadas físicamente”, “población limitada” contenidas en el título y en los artículos 1º, 3º, 5º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 49, 54, 59, 66, 69 y 72, en el entendido de que deberán reemplazarse por “persona o personas en situación de discapacidad.

- “limitación”, “limitaciones” o “disminución padecida” contenidas en los artículos 5º, 7º, 8º, 9º, 11, 12, 14, 18, 22, 26, 27, 31, 34, 35, 36, 43, 45, 50, 51, 59, 60, 63, 67 de la Ley 361 de 1997, en el entendido de que deberán reemplazarse por las expresiones “discapacidad” o “en situación de discapacidad”.

- “limitados” o “limitada” contenidas en los artículos 13, 18, 19, 21, 26, 33, 40 y 42 de la Ley 361 de 1997, en el entendido de que deberán reemplazarse por la expresión “personas en situación de discapacidad”.

Cortes, mediante la sentencia del 1 de septiembre de 2016, proferida dentro del expediente No. 19001-23-31-000-2002-08000-01, señaló:

“Con fundamento en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, para la terminación del vínculo laboral de un empleado con discapacidad, el empleador debe obtener la previa autorización de la oficina del trabajo, si no cumple dicho trámite de autorización previa, el empleador no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que además, dicho retiro se torna ineficaz.

Dicha medida se justifica porque no es razonable dejar al empleado en un estado de desprotección dentro del sistema de seguridad social, cuando expresos mandatos constitucionales, propugnan por la garantía y efectividad de los derechos de todos los asociados y especialmente de aquellos que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Así las cosas, la entidad demandada tenía el deber de mantener vigente el vínculo laboral con el demandante hasta el momento en que fuera declarado su estado de invalidez que le impidiera desempeñarse laboralmente, con el fin de asegurarle la protección de su ingreso económico y su integridad física y síquica acorde con los mandatos constitucionales.

Insiste la Subsección, que en virtud del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada que ostentan las personas que poseen alguna limitación física, psíquica o sensorial, como el caso del demandante, la entidad demandada tenía el deber de garantizarle su permanencia en el empleo y continuar con el pago de los aportes correspondientes a salud, pensiones y riesgos profesionales, hasta la definición del estado de invalidez.

(...)

En este orden, para la Subsección es claro que cuando el trabajador se encuentra en imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias de su patología, existe el deber de protección del Estado, consistente en el derecho del trabajador, de recibir la atención médica requerida hasta el restablecimiento de la salud, así como el pago de las prestaciones económicas que le permitan procurar su subsistencia, para lo cual resulta esencial la continuidad del vínculo laboral que le otorga el derecho al reconocimiento de dichas prestaciones”. (Negrita del Despacho).

Expuesto lo anterior, se puede concluir que con el objeto de salvaguardar los derechos laborales de las personas que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, el legislador previó que no podrán ser desvinculadas por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo y jurisprudencialmente se ha establecido que en el evento de que un empleado que se encuentre en **imposibilidad transitoria de trabajar**, como consecuencia de su estado de salud, la entidad a la cual se encuentre vinculado tiene el deber de mantener vigente dicho vínculo hasta el momento

en que fuera decidida en forma definitiva su incapacidad laboral, con el fin de asegurarle la protección de su ingreso económico y su integridad física y síquica.

5.3.1.4. De la incapacidad temporal y permanente parcial de los trabajadores.

La Ley 776 de 2002, “*Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales*”, en el artículo 2°, determinó como incapacidad laboral “*aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado*” y en el artículo 4°, estableció que al “*terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría*”.

Así mismo, el 5° *ejusdem*, determinó como incapacidad permanente parcial, lo siguiente:

“ARTÍCULO 5o. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. *Se considera como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, para lo cual ha sido contratado o capacitado.*

La incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una disminución parcial, pero definitiva en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual, en los porcentajes establecidos en el inciso anterior”.

De otro lado, el artículo 8° *ejusdem*, contempló que “*Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios*”.

5.3.1.5. De la estabilidad laboral reforzada de la madre o padre cabeza de

familia.

La Constitución Política consagró a la familia como una institución básica de la sociedad y por este motivo merece amparo especial. Al respecto, el artículo 43 consagró que “*El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia*”.

Por su parte el artículo 2° de la Ley 82 de 1993 “*Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia*” modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, señaló:

“(..)

*En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, **hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*

Parágrafo. *La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, **deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso** y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.”* (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, el artículo 3° de dicha normatividad, modificado por el artículo 2° de la Ley 1232 de 2008, indicó:

“Artículo 2°. *El artículo 3° de la Ley 82 de 1993 quedará así:*

Artículo 3°. *Especial protección. **El Gobierno Nacional establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia**, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; **de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables.**”*

De otro lado, el numeral 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, definió la expresión madre de familia, así:

“Artículo 1°. Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:

(...)

1.3 Madre cabeza de familia sin alternativa económica: Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada”.

Ahora bien, el amparo de que gozan las madres cabeza de hogar, ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de la H. Corte Constitucional, donde se han establecido las circunstancias que se deben presentar para que se ostente tal calidad y por consiguiente proceda su estabilidad reforzada. Así, en la sentencia SU - 388 de 2005, se indicó:

*“La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) **no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre**; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”. (Resaltado fuera del texto).*

Igualmente, la H. Corte Constitucional, en la sentencia SU – 389 del 13 de abril de 2005, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, señaló que las medidas que adopten las autoridades, en virtud del apoyo constitucional especial de que es titular la madre cabeza de familia, pueden **extenderse al hombre cabeza de familia**, como consecuencia de hacer realidad el principio de protección del menor, cuando este se encuentre al cuidado exclusivo de su padre y en aquellos casos en que sus derechos podrían verse efectiva y realmente afectados, de modo que, el hombre que reclame dicho status, debe demostrar alguna de las siguientes condiciones:

“(…)

Si extrapolamos tales definiciones al padre cabeza de familia, tendríamos de entrada que sostener que no basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las

autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio.

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo.”¹⁷

En aplicación de tal doctrina, cabe concluir que por la necesidad de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de edad¹⁸ el retén social puede resultar aplicable a los padres cabeza de familia, que demuestren hallarse en algunas de las hipótesis mencionadas”.

De la jurisprudencia en cita, se concluye que la **madre o padre** cabeza de familia, es quien ostenta la responsabilidad económica del hogar, pues tiene a su cargo de manera permanente la estabilidad económica de sus hijos menores de edad o de otras personas que no puedan valerse por sí mismas, independientemente del estado civil que ostente.

Ahora bien, respecto a la declaración de condición de madre cabeza de familia o en este caso, padre, que exige el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, la Corte Constitucional en la sentencia T-345 del 2015⁵, indicó:

“(..)

⁵ Corte Constitucional, Sentencia del cinco (5) de junio de dos mil quince (2015), Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Aclaró igualmente esta Corporación, en sentencia T-1211 de 2008[32], que **la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto**[33]. Igualmente señaló que:

“las acciones afirmativas genéricas autorizadas para las mujeres en el artículo 13 de la Constitución se diferencian de la ‘especial protección’ que el Estado debe brindar a las madres cabeza de familia, cuyo fundamento es el artículo 43 de la Carta, pues estas últimas plantean un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular”.

(...)”

En ese sentido, se colige que la declaración rendida ante notario público no es el único medio de prueba que permite establecer la condición de madre o padre cabeza de familia, razón por la cual la parte que la alegue deberá demostrar los supuestos de hecho en que se encuentra inmersa y acreditarlos ante la administración o entidad, para que se proceda al reconocimiento de dicha calidad.

No obstante, lo anterior, la H. Corte Constitucional en la sentencia No. T-102 de 2012⁶, sentó su posición respecto al hecho de que dicha condición no genera un fuero estabilidad laboral, así:

“(...)”

Es importante anotar, que no obstante la Constitución proteja a la madre cabeza de familia, la garantía de estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares estos sujetos de especial protección constitucional, no es un derecho absoluto, y no supone la imposibilidad de su retiro bajo cualquier circunstancia. En la sentencia T-054 de 2005, por ejemplo, no se amparó el derecho de una funcionaria en provisionalidad que había notificado previamente a la entidad de su condición de madre cabeza de familia, por considerar que, contrario a lo sostenido por la accionante, el acto de desvinculación sí fue motivado y porque quien llegó a ocupar su cargo era la funcionaria de carrera. En este orden de ideas, se consideró que “la protección constitucional que se predica de los sujetos de especial protección, desarrollada en normas de inferior jerarquía, no puede extenderse a situaciones en las que existen causas justas para dar por terminada la relación laboral”. Asimismo en la sentencia T-1061 de 2006, se reconoció que se protege la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia **“siempre y cuando no exista una causal justificativa del despido, pues la**

⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. T- 102 de 20 de febrero de 2012. Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo.

estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo o que proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra”.

(...)” (Negrillas fuera de texto)

Posteriormente, dicha Corporación judicial en la sentencia SU - 691 del 23 de noviembre de 2017, M. P. Dr. Alejandro Linares Cantillo, precisó:

*“82. Así las cosas, las mujeres que tienen bajo su cargo en forma permanente la responsabilidad de **hijos menores** propios o **ajenos** y de otras personas incapacitadas para trabajar y, que dependan de ella, tanto afectiva como económicamente, gozan de especial protección constitucional.*

(...)

F. LA PROTECCIÓN A LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA A TRAVÉS DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA NO ES ABSOLUTA. EL MÉRITO COMO EJE DEFINITORIO DE LA IDENTIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

85. Como se dejó anunciado en párrafos anteriores, la protección a las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta. Esto implica que los servidores públicos mujeres cabeza de familia sí pueden ser desvinculadas de las entidades públicas; sin embargo, su protección laboral reforzada conlleva una la carga para la entidad consistente en demostrar una justa causa para la desvinculación. Para el caso que nos ocupa la justa causa analizada será el nombramiento de propiedad de una persona que superó las etapas de un concurso de méritos.

(...)

91. A juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en los casos como los planteados en el presente asunto, se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

En primer lugar, las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan. Esta misma regla es, en principio, aplicable a las personas nombradas en provisionalidad.

En segundo lugar, a juicio de la Sala Plena, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales.

Ahora bien, en tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2° del artículo 43 de la CP), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-388 de 2005, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su

cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra[268]. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

1. La terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de los servidores públicos en provisionalidad, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

2. Sin embargo, cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación:

2.1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia.

2.2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera” (negrita ajena al texto original).

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, se advierte que la calidad de madre o padre cabeza de familia no genera una estabilidad laboral reforzada, puesto que no es un derecho absoluto y, en ese sentido, no se puede predicar la imposibilidad del retiro de quien ostente dicha condición bajo una causa justificada, como lo sería, el nombramiento de la persona que conformó la lista de elegibles, cuando el empleo debe proveerse por el sistema de carrera administrativa; sin embargo, en el evento que la entidad cuente con un margen de maniobra, respecto de los cargos vacantes, frente a quienes deben ser designados, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del que ocupe un lugar en la lista de elegibles, como del servidor público cabeza de familia, de lo contrario, las madres o padres cabeza de hogar, serán los últimos en ser desvinculados de sus cargos, toda vez que, **no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.**

5.4. CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, el señor Julio Enrique Galindo Pizarro deprecia el reintegro al cargo de Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 13 o a otro de igual o superior categoría de funciones y requisitos afines, al que considera tiene derecho como consecuencia de la patología que padece, la cual requiere de manera permanente un tratamiento médico y por su calidad de padre cabeza de familia.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si el demandante gozaba de una estabilidad laboral reforzada que lo hiciera inamovible del cargo que ocupaba o si, por el contrario, debido al nombramiento en provisional, dicha estabilidad se torna relativa y, por lo tanto, los actos enjuiciados gozan de legalidad, efecto para el cual, se analizarán los siguientes aspectos: i) la provisión del cargo de Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 13, de la Planta Global de la Secretaría Distrital de Gobierno; ii) la estabilidad laboral de los cargos de provisionalidad y ii) la motivación del acto enjuiciado, con el objeto de establecer la solución jurídicamente correcta.

5.4.1. Provisión del cargo de Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 13, de la Planta Global de la Secretaría Distrital de Gobierno.

Sobre el particular, cabe resaltar que, en virtud del artículo 2 del Decreto 646 del 28 de diciembre de 2011⁷, el cargo de Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 13, pertenece a la Planta Global de la Secretaría Distrital de Gobierno, por ende, de encontrarse vacante, podrá ser ejercido mediante nombramiento en provisionalidad, hasta que fuera designado el empleado que conforme la lista de elegibles, debido a que comprende un empleo que debe ser provisto por el sistema de carrera administrativa.

Así las cosas, de las pruebas obrantes en el plenario, se encuentra demostrado que, a través de la **Resolución No. 620 del 8 de agosto de 2011**, la Secretaría Distrital de Gobierno nombró al actor en el cargo de Auxiliar Administrativo – Código 470 – Grado 13, **de carrera administrativa**, que se encontraba vacante, dado que una vez se verificó la planta de personal, se constató que no existían funcionarios de grado inferior que cumplieran el perfil de competencias para ser encargados del mismo, razón por la cual, el señor Julio

⁷ “Por medio del cual se modifica la Planta de Empleos de la Secretaría Distrital de Gobierno”

Enrique Galindo Pizarro no gozaba de estabilidad laboral, puesto que su permanencia se encontraba supeditada a la provisión por el empleado que superara el concurso de méritos o por necesidades del servicio.

Ahora bien, mediante el Acuerdo No. CNSC 20181000006046 del 24 de septiembre de 2018⁸, aclarado por el Acuerdo No. CNSC 20181000007376 del 16 de noviembre del mismo año, la Comisión Nacional del Servicio Civil, estableció las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente cuatrocientos cuarenta y dos (442) empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta Global de la Secretaría Distrital de Gobierno, denominado “*Proceso de Selección No. 740 de 2018-Distrito Capital*”, entre los cuales, se encontraba el cargo que ejercía el actor, identificándose con la OPEC No. 75780 y, como resultado, se expidió la Resolución No. 20192330120345 del 29 de noviembre de 2019, donde se conformó la lista de elegibles para proveer dieciséis (16) vacantes de dicho empleo, tal como se compiló en la Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020.

Ahora bien, de la lectura del citado acto administrativo, se evidencia que la señora Maribel Arias Ruiz, ocupó el puesto número cuatro (4) de la lista de candidatos para proveer el cargo ofertado con la OPEC No. 75780, lo que conllevó a que fuera nombrada en periodo de prueba, por el término de seis (6) meses y, por lo tanto, se dio por terminado el nombramiento provisional efectuado al actor, a partir de la fecha en que la servidora de carrera administrativa tomara posesión del empleo.

En ese sentido, no queda duda que, como consecuencia de la vacante que se presentaba en el cargo de Auxiliar Administrativo – Código 470 – Grado 13 y debido a la necesidad de suplir el mismo, fue nombrado transitoriamente el señor Julio Enrique Galindo Pizarro en **provisionalidad**, en un cargo de carrera administrativa, mientras se surtía la designación del titular del empleo por el sistema de concurso de méritos, de modo que, su permanencia se encontraba condicionada a la lista de elegibles expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, puesto que fue convocado a concurso, en virtud del Acuerdo No. CNSC 20181000006046 del 24 de septiembre de 2018, aclarado

⁸ <https://grupoguard.com/co/wp-content/uploads/sites/3/2018/10/Acuerdo-20181000006046-de-2018.pdf>

por el Acuerdo No. CNSC 20181000007376 del 16 de noviembre de la misma anualidad, procedimiento que fue de conocimiento general, toda vez que fue publicado en la página web de la entidad, razón por la cual, en principio, se podría predicar que la terminación de su nombramiento se encuentra debidamente justificada.

5.4.2. Estabilidad laboral de los cargos en provisionalidad.

El apoderado de la parte demandante, aduce que, debido a la patología que padece su representado, para que fuera procedente su desvinculación, la entidad demandada debió solicitar autorización del Ministerio del Trabajo, especialmente en consideración a que podía ser reubicado, en el empleo de Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 19, cargo que estaba vacante, debido a que su titular adquirió el estatus de pensionado o en el de Auxiliar Administrativo - Código 407 - Grado 27, toda vez que quien lo ejercía ocupó otro empleo, amén que el actor ostenta la calidad de padre cabeza de familia.

De acuerdo con lo afirmado por la parte actora, procederá el Despacho a analizar la protección laboral que gozan los empleados nombrados en provisionalidad.

5.4.2.1. Estabilidad relativa.

En relación con el tipo de nombramiento de un empleado público, jurisprudencialmente se ha establecido que la persona vinculada en provisionalidad ostenta una posición diferente al provisto por medio de la carrera administrativa, los cuales no pueden asimilarse en sus derechos, pues el primero accedió al empleo de forma discrecional, mientras que el segundo lo hizo por medio de concurso de méritos.

Así las cosas, para la terminación del vínculo laboral de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera debido a su situación de doble inestabilidad, como consecuencia de no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado por razones del servicio o como en el caso del demandante, por el nombramiento en carrera del empleado que hubiese superado en concurso de méritos y tenga derecho a ocupar el cargo, aspecto

que quedó plenamente demostrado en el proceso como se detalló en el numeral anterior.

5.4.2.2. Estabilidad laboral reforzada.

En este punto, como se sentó en acápite anterior a esta providencia, existe una prohibición legal de desvincular aquellas personas que se hallen en un caso de debilidad manifiesta y, por ende, en tratándose de empleados que se encuentren incapacitados laboralmente, el empleador no puede prescindir de sus servicios por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, situación que no se predica en el *sub lite*, ya que la terminación del nombramiento en provisionalidad del demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo – Código 470 – Grado 13, devino del nombramiento efectuado a quien superó el concurso de méritos y no como consecuencia de su enfermedad.

Ahora bien, de la certificación expedida por la doctora Cindy Lorena Castro, Medico General de la I. P. S. Virrey Solís, se encuentra demostrado que el señor Julio Enrique Galindo Pizarro fue diagnosticado con *“HIPERTENSIÓN DE DIFÍCIL MANEJO, TUMOR HIPÓFISIS EN SEGUIMIENTO POR ENDOCRINOLOGÍA Y PROGRAMA INSTITUCIONAL, CONTROLES MENSUALES Y MEDICACIÓN CRÓNICA DEBE ESTAR EN CONTROLES MENSUALES”*, tal como se corrobora en la Historia clínicas emitida por dicha I. P. S.

Como consecuencia de lo anterior, la Directora de Gestión de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Gobierno, a través del Memorando No. 20184100356103 del 13 de agosto de 2018, citó al actor a la valoración médica ocupacional y, posteriormente, mediante la comunicación del 6 de noviembre de 2018, el doctor William Morales Naranjo, Gerente Operativo de Evalúa Salud – Salud Ocupacional, le informó al Departamento de Recursos Humanos de la entidad, lo siguiente:

“Atendiendo su amable solicitud me permito dar alcance y ampliación del concepto NO SATISFACTORIO del funcionario GALINDO PIZARRO JULIO ENRIQUE ...

*El concepto según protocolos médicos de la institución traduce que su examen periódico es un EXAMEN CON RESTRICCIÓN, **la cual en la mayoría de los casos es temporal** y tiene por objetivo evitar que la*

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11-001-33-35-018-2021-00061-00*

condición desmejore o genere alguna patología a futuro. En el caso que exista alguna patología el objeto es evitar que se complique o se generen otras con ocasión del trabajo y en algunos casos con ocasión de actividades extralaborales” (negrita ajena al texto).

Así mismo, obra el Memorando No. 20184100503863 del 15 de noviembre de 2018, por medio del cual la doctora Martha Liliana Soto Iguaran, Directora de Gestión de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Gobierno, le comunicó al demandante, lo siguiente:

“La Secretaría Distrital de Gobierno, a través de la Dirección de Gestión del Talento Humano, realizó la valoración periódica ocupacional con el centro médico Evalúa Salud IPS Salud Ocupacional, contrato No. 678 de 2018, y en los conceptos médicos dados por el proveedor de servicios de salud, se evidencia la expresión “No Satisfactorio”, siendo necesario señalar que son restricciones de carácter temporal para evitar el agravamiento de patologías presentadas a nivel: Osteomuscular, Cardiovascular.

Motivo por el cual, adjuntamos en un (1) folio la ampliación de concepto enviado por Evalúa Salud IPS, cuya finalidad, es supervisar la exposición a factores de riesgos e identificar alteraciones temporales o permanentes a ser tenidas en cuenta por parte suya, de acuerdo con los resultados médicos entregados el día de la valoración médica”.

Igualmente, se incorporó el Memorando No. 20194100025583 del 22 de enero de 2019, por medio del cual la Directora de Gestión de Talento Humano de la Secretaría de Gobierno le comunicó al actor que, en virtud de los exámenes periódicos llevados a cabo con el proveedor de servicios de salud, se evidenció que se encuentra en riesgo medio o alto, de modo que, lo invitan a participar de la sensibilización de autocuidado, promoción y prevención de la salud, en el taller que tendría lugar el 30 de mayo de 2019, actividad que era de carácter obligatoria.

En ese sentido, se advierte que el demandante antes de su desvinculación de la entidad padecía diferentes enfermedades; sin embargo, no obra prueba alguna que demuestre que, por causa de dichas patologías, se le dificultara ejercer los deberes a su cargo en condiciones regulares, de modo que, no se encontraba en imposibilidad transitoria de trabajar y, en consecuencia, no se puede colegir que, existía el deber de la entidad de garantizarle su permanencia en el cargo hasta que definiera su estado de invalidez.

Además, no se acreditó que para la fecha en que se concretó el retiro del señor

Galindo Pizarro, se encontrara incapacitado para desarrollar sus funciones y si bien la Secretaría Distrital de Gobierno tenía pleno conocimiento de las afecciones a su salud, entidad que, vale la pena resaltar, tomó las medidas que tenía a su alcance para que este cumpliera las labores propias del empleo, lo cierto es que, dicha circunstancia no conllevaba *per se* a su inamovilidad del cargo.

Ahora bien, en punto a la condición de padre cabeza de familia del actor, de la partida de matrimonio de los señores Julio Enrique Galindo Pizarro y Aura Edith Ramírez Márquez, expedida por la Parroquia San Francisco de Asís, se evidencia que contrajeron nupcias el **5 de enero de 2018**.

Igualmente, de la declaración con fines extraprocesales llevada a cabo el **26 de junio de 2019**, ante la Notaria Sesenta y Ocho (68) del Círculo de Bogotá, se advierte que, los señores Julio Enrique Galindo Pizarro y Aura Edith Ramírez Márquez, manifestaron que convivieron en unión marital de hecho durante 12 años y contrajeron matrimonio el 5 de enero de 2018, compartiendo lecho, techo y mesa. Por su parte, la declarante afirmó que *“aporto al matrimonio 1 hija llamada FABIANA EDITH FABIANA GUERRA RAMÍREZ, de 16 años de edad... quien está a mi cuidado, responsabilidad y protección convive bajo el mismo techo, y depende económicamente de los ingresos de mi esposo... al igual que yo puesto que me dedico a las labores del hogar”*.

En efecto, según el Registro Civil de Nacimiento de la joven Edith Fabiana Guerra Ramírez, se colige que nació el **29 de mayo de 2003** y que sus padres son los señores Aura Edith Ramírez Márquez y Fabian Alberto Guerra Carrillo, de forma que, el actor, no es el progenitor de la hija de su actual esposa, joven que para el mes de febrero de 2017, vivía con el señor Guerra Castillo, pues de la lectura de la Historia clínica, expedida por la Fundación Cardio Infantil, y según la nota médica del **21 de febrero de 2017** *«La madre refiere que tuvo dificultades para traer laboratorios y llevar a la paciente a las valoraciones solicitadas dado que la paciente “se fue a convivir con el padre, tiempo en el cual no se hizo seguimiento”»*

No obstante, obra la certificación expedida el 15 de febrero de 2020, mediante la cual la señora Lilia Silva de Moreno, Secretaria del Instituto Cultural Ciudad

Kennedy, dejó constancia que “*el señor JULIO ENRIQUE GALINDO PIZARRO con C.C. No 79.505.830 de Bogotá D.C., padre de la niña FABIANA EDITH GUERRA RAMÍREZ ... es quien realiza los pagos de matrícula, pensión y otros costos educativos. Actualmente la estudiante se encuentra cursando los estudios correspondientes de GRADO UNDÉCIMO (11°) DEL NIVEL DE EDUCACIÓN MEDIA*”.

Así mismo, de la Comunicación suscrita por el Director de Recaudo y Compensación de Salud Total E. P. S., se extrae que el actor se afilió al régimen contributivo, a partir del 27 de junio de 2007 y como usuarias inscritas se encuentran la joven Edith Fabiana Guerra Ramírez y la señora Aura Edith Ramírez Márquez.

En ese sentido, se concluye que, el demandante tiene bajo su cargo, de forma permanente, la responsabilidad de su esposa y con posterioridad al 5 de enero de 2018, de la joven Edith Fabiana Guerra Ramírez, dado que, dependen económicamente de este, aspecto que fue puesto en conocimiento de la entidad demandada, tal como se evidencia en el Oficio No. 20204100000711 del 3 de enero de 2020, por medio del cual la Directora de Gestión de Talento Humano de la Secretaría de Gobierno le comunicó al actor que **acreditó la condición de padre cabeza de familia**; no obstante, dicho aspecto, no constituye una protección automática para su permanencia en el cargo de Auxiliar Administrativo – Código 470 – Grado 13.

En efecto, la entidad demandada en el oficio de la referencia, le informó al demandante que, para ese momento, se adelantaba el Concurso de Méritos denominado Convocatoria No. 740 de 2018, por intermedio de la Comisión Nacional del Servicio Civil y en virtud del Concepto Marco 09 del 2018, del Departamento Administrativo de la Función Pública, que definió como opera el retiro de provisionales que se encuentren en situación de discapacidad, prepensionados o que sean madres o padres cabeza de familia, en razón a la aplicación de la lista de elegibles, se concluyó que **la protección especial de la que gozan algunos servidores nombrados en provisionalidad no prima sobre los derechos que ostentan quienes han superado el concurso de méritos**.

De modo que, a la Secretaria Distrital de Gobierno le correspondía adoptar

medidas alternativas para que el señor Julio Enrique Galindo Pizarro no quedara desprotegido, por cuanto, el origen de su desvinculación se sustenta en el nombramiento en periodo de prueba de la señora Maribel Arias Ruiz, servidora que superó las etapas del concurso de méritos y conformó la lista de elegibles, efecto para el cual, lo conducente era aplicar el orden de prelación para la provisión definitiva del empleo de carrera y en el evento de existir vacantes disponibles en el aludido cargo, permitir que el actor continuara ejerciendo el mismo o reubicarlo en uno similar o equivalente.

Sobre el particular, cabe resaltar que, si bien en los hechos del libelo demandatorio, se alude que, el demandante podía ser reubicado en el empleo de Auxiliar Administrativo - Código 407 - **Grado 19**, cargo que estaba vacante, debido a que su titular adquirió el estatus de pensionado o en el de Auxiliar Administrativo - Código 407 - **Grado 27**, toda vez que quien lo ejercía ocupó otro empleo, lo cierto es que no se aportó al plenario, documento alguno que acreditara que, en efecto, dichos cargos no se encontraban provistos de forma definitiva o temporal, como tampoco las funciones que desarrollan, ni los requisitos de estudios y experiencia que deben ostentar los servidores públicos que los ejerzan, para colegir, que comprenden empleos equivalentes o similares al que desempeñaba el demandante; amén, que según lo expuesto en la parte considerativa del acto administrativo cuya nulidad se pretende en la presente controversia, se evidencia que la entidad realizó las actuaciones a su cargo, con el propósito de verificar si era o no posible que el demandante continuara prestando sus servicios, pues allí se señaló, lo siguiente:

“(…)

*Que, una vez desplegado por parte de la Dirección de Gestión de Talento Humano el análisis a las acciones afirmativas y mecanismos posibles, en concordancia con la SU 446 de 2011, se observa que, en la planta de personal de la Secretaría Distrital de Gobierno, **no existe empleo igual o superior vacante para ser provisto en provisionalidad por el funcionario GALINDO PIZARRO JULIO ENRIQUE**. Esto por cuanto se observó que: i. No existe lista de elegibles con menor número de empleos convocados, ii. No existe cargos por proveer q (sic) no hayan sido convocados a concurso, ii. (sic) No existen cargos convocados sin lista de elegibles y iii. No existen vacantes equivalentes luego de garantizado el derecho preferencial de los funcionarios de carrera administrativa” (negrilla del Despacho).*

Ahora bien, en el Memorando No. 20214100050443 del 19 de febrero de 2021, la Directora de Gestión de Talento Humano, refirió que en aras de garantizar la protección de sus colaboradores, la entidad le solicitó al Instituto Distrital

de la Participación y Acción Comunal – IDPAC y al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP, que le informaran si contaban con empleos vacantes que pudiesen ser provistos por el demandante, precisando los requisitos y perfil para su desempeño y a través de la comunicación del 7 de mayo de 2020, el Instituto manifestó que *“no cuenta con empleos vacantes que puedan ser provistos mediante nombramiento en provisionalidad”* y, por su parte, el DADEP el 14 de mayo de 2020, le informó que *“a la fecha no tiene vacantes para proveer de conformidad con el marco normativo y jurisprudencia relacionada”*.

Así las cosas, no se puede pasar por alto que los derechos de los padres cabezas de hogar no son absolutos y esta condición no genera una estabilidad laboral reforzada y, en ese sentido, aunque el Estado debe brindarles una protección especial, no se ve intrínseca la imposibilidad del retiro de quien tenga dicha calidad bajo una causa justificada, como ocurre en el presente asunto, en la medida que quedó demostrado que la terminación del nombramiento en provisionalidad del señor Julio Enrique Galindo Pizarro se originó por el nombramiento en periodo de prueba de la servidora pública que superó las etapas del Proceso de Selección No. 740 de 2018 - Distrito Capital y conformó la lista de elegibles.

5.4.3. De la motivación del acto enjuiciado.

La Constitución, la ley y la jurisprudencia han consagrado el amparo de los derechos adquiridos por las personas que, una vez superado el concurso de méritos, se encuentran en la lista de elegibles de las ofertas públicas convocadas por las entidades del Estado, con la finalidad de que puedan ser nombrados en propiedad en el cargo pretendido y, por ello, la administración está en la obligación de dar prioridad a dicha lista por encima de cualquier nombramiento efectuado en provisionalidad.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-913 del 11 de diciembre de 2009, señaló:

“(..)

Pues bien, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo

ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; **acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.**

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)”. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado.

(...)”.

Ahora bien, respecto al retiro de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se ha determinado que el acto debe ser motivado, indicando las razones que justifiquen la terminación del vínculo laboral con la entidad. Al respecto, el Consejo de Estado –Sección Segunda, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2010, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08), unificó el criterio que se debe aplicar para estas situaciones y, para el efecto, señaló:

“(...)”

*La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, **sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.***

(...)”

A juicio de la Sala, en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento⁹, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

(...)”

De manera particular y tal como se advirtió en el recuento que reposa en acápite precedentes, fue a partir del Decreto 1732 de 1960, que en forma

⁹ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

expresa se contempló la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados provisionales. Aunque esta figura inicialmente se estableció con una duración de 15 días, término que una vez cumplido habilitaba al provisional para separarse del cargo, en tanto que no podía continuar ejerciendo las funciones del empleo, lo cierto es, que con el paso del tiempo adquiriría vocación de permanencia, pues en caso de persistir la ausencia de lista de candidatos elegibles para proveer el cargo, el mismo debía ser provisto en provisionalidad por el nominador.

(...)

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004, cuando establece que las clases de nombramiento son ordinarios para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal; con lo que se torna aún más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, varía la situación, pero solo cuando se da por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, evento en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

De todo lo anterior emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, **que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario**; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

(...)

La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**¹⁰, de

¹⁰ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante Resolución motivada.

*tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

*Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, **el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado**, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.*

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos¹¹ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado

(...)”.

De lo anterior se colige que, en efecto, el acto por medio del cual se retira al empleado nombrado en provisional en un cargo que debía ser provisto por medio de concurso de méritos, debe ser motivado, como quiera que no obedece a la figura de la discrecionalidad, toda vez que está supeditado al cumplimiento de la condición que originó esa forma excepcional de vinculación, que no es otra, que la provisión del cargo en virtud del concurso de méritos o a las necesidades del servicio.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra demostrado como se explicó líneas atrás, que la vinculación del señor Julio Enrique Galindo Pizarro en el cargo de Auxiliar Administrativo – Código 470 – Grado 13, de la planta global de la Secretaría Distrital de Gobierno, se hizo bajo la figura de la provisionalidad, razón por la cual, la entidad demandada actuó bajo los preceptos legales establecidos, al expedir el acto administrativo demandado, pues como puede verse, pese a que presentaba afecciones a su salud, su

¹¹ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

desvinculación no fue consecuencia de las patologías que presentó y hasta el último momento, la entidad le respetó su calidad de padre cabeza de familia.

Así las cosas, se torna evidente que la estabilidad laboral de la que gozó el demandante fue amparada por la Secretaría Distrital de Gobierno; sin embargo, esta no era absoluta y, por lo tanto, no era procedente continuar con su nombramiento en provisionalidad, pues de ser así, se desconocería el derecho de la persona que superó el concurso de méritos, lo que conlleva a determinar que la **Resolución No. 0131 del 10 de febrero de 2020**, por la cual se efectuó el nombramiento en periodo de prueba de la señora Maribel Arias Ruiz, para desempeñar el empleo de Auxiliar Administrativo – Código 470 – Grado 13, de la Planta Global de la Secretaría Distrital de Gobierno, ofertado con la OPEC No. 75780 del Proceso de Selección No. 740-2018 del Distrito Capital y se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad realizado al demandante, **fue debidamente motivada.**

En ese sentido, 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 que se predica del acto administrativo acusado.

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 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**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción de caducidad, propuesta por la entidad demandada, en virtud de lo dispuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

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

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

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

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 035, de hoy 10 de diciembre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - 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

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 11-001-33-35-018-2021-00061-00*

Código de verificación:

**440ef0d5dce06b34db9163e9a3f73cd8b87c752345f5b2f4a679829ee8b59
497**

Documento generado en 05/12/2021 10:05:01 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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