



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, veintiuno (21) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: **11001-33-35-012-2013-00614-00**

Demandante: **GLORIA LUZ MARTÍN ALFONSO**  
Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

Asunto: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho –  
Reconocimiento prima de actividad y subsidio de  
familiar**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Gloria Luz Martín Alfonso en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA.** En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Gloria Luz Martín Alfonso, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

- Se declare la nulidad de la Oficio No. 61308 MDNSGDALGNG-1.10 del 4 de julio de 2012, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional en el cual se negó a la parte actora el reconocimiento y pago de las prestaciones establecidas en los artículos 38 y 49 del Decreto 1214 de 1990 relativo a la prima de actividad, subsidio familiar y demás haberes laborales previstos para los empleados civiles no uniformados.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Ministerio Defensa Nacional a:

1. Reconocer y pagar la prima de actividad y el subsidio familiar por cónyuge, compañero permanente e hijos desde la fecha de su vinculación a la entidad hasta la fecha de su retiro.
2. Reconocer y pagar los demás haberes laborales que están consagrados en beneficio del personal civil no uniformado al servicio de dependencias del Ministerio de Defensa Nacional, en especial la prima de alimentación, las cesantías y los tres

meses de alta por retiro, emolumentos que nunca fueron cancelados por pertenecer a la planta del Comisionado de la Policía Nacional.

3. Condenar a la entidad accionada a reajustar todos los haberes laborales que se hubieren visto afectados con el no reconocimiento de los emolumentos mencionados en los numerales anteriores.
4. Condenar a la demandada a realizar el giro de los aportes pensionales actualizados, por concepto de los haberes laborales referidos al Fondo de Pensiones en el cual se encuentra afiliado el sujeto activo.
5. Condenar al Ministerio de Defensa Nacional a que la suma resultante del reconocimiento y pago de los emolumentos solicitados en la demanda se liquiden conforme lo ordena el CPACA, indexando su valor junto con los intereses moratorios a que haya lugar.
6. Condenar al sujeto pasivo al pago de costas procesales.

Como sustento fáctico de sus pretensiones expuso la accionante que (fl.41-42)

1. Prestó sus servicios a la Oficina del Comisionado Nacional de la Policía como Secretaria Ejecutiva desde el 1° de febrero de 2000 hasta el 22 de agosto de 2007.
2. El 11 de mayo de 2012 en ejercicio del derecho de petición, el sujeto activo elevó escrito ante la entidad accionada en el cual solicitó el reconocimiento y pago de de las prestaciones establecidas en el Decreto 1214 de 1990, en especial la prima de antigüedad, subsidio familiar y los demás haberes laborales que tiene derecho por haber prestado sus servicios como empleada civil no uniformada del Comisionado de la Policía Nacional.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:** Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política y los artículos 38, 39 y 49 del Decreto 1214 de 1990.

Señalo que en tratándose de asignaciones, primas, subsidios y régimen salarial el personal civil se clasificó en el Decreto 1214 de 1990 en dos categorías a saber: (i) quienes desempeñan sus labores en las dependencias del Ministerio de Defensa y (ii) los que laboran en el sector descentralizado.

Agrega que para el primer grupo, se instituyó el régimen de asignaciones, primas y subsidios consagrados en los artículos 38 y siguientes del Decreto 1214 de 1990, excluyendo taxativamente a los segundos de dicho régimen.

Manifestó que la Ley 1033 de 2006 y el Decreto 091 de 2007, unifican la clasificación de los empleados públicos civiles no uniformados para el personal que labora en las dependencias del Ministerio y las entidades descentralizadas, para a efectos de carrera administrativa y administración de personal, pero en lo referente al aspecto salarial y prestacional cada grupo conserva su propio régimen.

Advirtió que los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994, excluían a los funcionarios de la Oficina del Comisionado para la Policía, de la aplicación del régimen salarial contenido en el Decreto 1214 de 1990, no obstante, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 27 de octubre de 2011 expediente 2008 – 0008 anuló los artículos referidos que excluían del régimen prestacional a dichos funcionarios, por lo cual le eran plenamente aplicables las disposiciones normativas estipuladas en el Decreto 1214 de 1990.

Por lo anterior, concluyo deben inaplicarse por inconstitucionales e ilegales todas las normas que excluyan a los antiguos empleados de la Oficina del Comisionado, del régimen prestacional correspondiente al personal civil del Ministerio de Defensa, consagrado en el Decreto 1214 de 1990, en especial la prima de actividad y el subsidio familiar.

Ello por cuanto en aplicación del principio pro operario el operador jurídico debe darle prevalencia a la mejor interpretación que beneficie al servidor que en este caso se reduce a que el personal del comisionado de la Policía Nacional tiene derecho a que se le reconozcan las prestaciones que señala el Decreto 1214 de 1990.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** El apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, contestó la demanda de forma extemporánea (fls.125 a 132)

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** En audiencia inicial adelantada el 15 de diciembre del año en curso (Fls.149 a 155), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 15 y 09 segundos hasta el minuto 24 y 17 segundos) y la parte accionada (del minuto 24 y 17 segundos hasta el minuto 25 y 40 segundos), de la grabación visible a folio 155 vlto del expediente.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

## II. CONSIDERACIONES

### 1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 15 de diciembre de 2016 (Fls. 149 a 155), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho el sujeto activo a que se pague indexadamente la prima de actividad y el subsidio familiar desde la fecha de su vinculación, como también el consecuente reajuste de los haberes laborales afectados en razón al no pago de sus derechos, esto es las primas de navidad, servicios, vacacional y el auxilio de cesantía desde su vinculación al Ministerio de Defensa Nacional hasta la fecha de su retiro?

### 2. ACERVO PROBATORIO

2.1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición del 11 de mayo de 2012 ante el Ministerio de Defensa Nacional, en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la prestaciones ordenadas por el Decreto 1214 de 1990, en lo relativo a la prima de actividad y subsidio familiar (fls.73-85).

2.2. Oficio No. 61308 del 4 de julio de 2012 proferido por la entidad accionada en la cual negó la anterior petición (fls.4-10).

2.3. Certificado expedido por el sujeto pasivo en el cual se observa el último cargo y lugar donde la señora Gloria Luz Martín Alfonso prestó sus servicios a la Oficina del Comisionado Nacional de la Policía (fl.98).

2.4. Comunicación de fecha 22 de agosto de 2007 en el cual se le informa a la accionante que el cargo de Secretaría Ejecutiva que ella ocupada fue suprimido por el Decreto No. 3122 del 17 de agosto de 2007 (fl.198).

2.5. Escrito radicado ante la entidad accionada de fecha 12 de enero de 2005, en el cual se solicitó la afiliación del señor José M. Hernández Clavijo al sistema de seguridad social en salud teniendo en cuenta su calidad de cónyuge de la accionante (fl.199).

2.6. Oficio No. 2320-193-2005 del 12 de abril de 2005 proferido por el sujeto pasivo en el cual informó que el “esposo” (sic) de la accionante fue afiliado a la EPS Humanavivir allegando para ello el carne como beneficiario de ella (fl.201).

2.7. Antecedentes administrativos de la accionante en CD obrante a folio 219 del expediente.

2.8. Resolución No. 023 del 1º de febrero de 2000 en el cual el Comisionado Nacional de la Policía nombró a la señora Gloria Luz Martín Alfonso en el cargo de Secretaria Ejecutiva código 5040 Grado 20.

## MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

### - DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al interrogante planteado en el problema jurídico, es preciso hacer referencia a la normatividad que consagra el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la Oficina del Comisionado de la Policía Nacional.

La Ley 62 del 12 de agosto de 1993, *“Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República”*, creó el cargo de Comisionado Nacional para la Policía, de la siguiente manera:

***“ARTÍCULO 21.- COMISIONADO NACIONAL. Créase el cargo de Comisionado Nacional para la Policía, el cual tendrá por objeto ejercer la vigilancia del régimen disciplinario y operacional y tramitar las quejas de la ciudadanía, sin perjuicio de la vigilancia que les corresponde a los organismos de control.***

*El Comisionado Nacional para la Policía ejercerá las funciones de veeduría ciudadana y vigilancia del régimen disciplinario y operaciones policiales, verificando el estricto cumplimiento de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, directivas, disposiciones, órdenes y demás normas expedidas por el Director General para el correcto funcionamiento de las unidades orgánicas estructurales de la Institución y de ésta en conjunto.*

*Estas actividades se cumplirán con dependencia funcional de la Dirección General, en los aspectos operativos y de coordinación en lo relacionado con el régimen disciplinario.*

***El Gobierno Nacional determinará la estructura de la oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, así como las funciones inherentes a su cargo. (...)***

Conforme a lo anterior, el cargo de Comisionado Nacional para la Policía, se creó con el fin de ejercer una veeduría y vigilancia del régimen disciplinario y operacional de la Policía Nacional con base en las disposiciones dictadas por el Director General de la institución.

A su vez, el legislador le ordenó al Gobierno Nacional que en ejercicio de sus atribuciones constitucionales se estableciera la organización interna del Comisionado y sus funciones.

De esa manera, el Gobierno Nacional a través del Decreto 1588 del 26 de julio de 1994, fijó la estructura del Comisionado de la Policía Nacional y definió sus funciones de la siguiente forma:

*“Artículo 2º. Para el cumplimiento de sus funciones, el Comisionado Nacional para la Policía, tendrá la siguiente estructura interna:*

*1. Despacho del Comisionado Nacional para la Policía.*

*1.1 Unidad de quejas y denuncias.*

*1.2 Unidad de control interno.*

***2. Secretaría General.***

*3. Dirección Nacional de Control y Vigilancia*

*4. Dirección Nacional de Evaluación y Prevención.*

*5. Comisionados Regionales.*

*6. Unidades coordinadoras y asesoras.” (Negrillas fuera del texto original)*

*“ARTÍCULO 3º.- Además de las funciones señaladas en la Ley 62 de 1993, el Decreto 2203 de 1993 y el Decreto 2584 de 1993, la persona que desempeñe el cargo de Comisionado Nacional para la Policía, tendrá las siguientes:*

*1. Fijar las políticas, planes y programas para:*

*1.1 Dar curso apropiado a las quejas formuladas por la ciudadanía y las autoridades contra miembros de la institución de policía.*

*1.2 Hacer eficaz la vigilancia y control del régimen disciplinario interno de la Policía Nacional, en su condición de máxima instancia.*

1.3 *Hacer eficaz la supervisión del régimen penal previsto para los miembros de la Policía Nacional, por hechos cometidos en actos o con ocasión del servicio.*

1.4 *Elaborar diagnósticos sobre la conducta de los miembros de la Policía Nacional, en orden a garantizar rendimiento, ética, disciplina y eficacia.*

1.5 *Garantizar la legalidad de las operaciones policiales.*

2. *Dirigir, coordinar y vigilar el desarrollo de los programas del Comisionado Nacional para la Policía.*

3. *Ejercer la ordenación del Gasto Público en los términos en que se le delegue y con sujeción a las normas legales.*

4. *Realizar licitaciones o concursos y celebrar contratos, de conformidad con la delegación que para tal efecto se le confiera de acuerdo con la normatividad vigente.*

5. *Nombrar y remover libremente, con sujeción a las normas legales que rigen la materia, los funcionarios del Comisionado Nacional para la Policía.*

6. *Asistir a la Comisión Nacional de Policía y Participación Ciudadana.*

7. *Asistir al Consejo Nacional de Policía y Seguridad Ciudadana.*

8. *Conformar grupos internos de trabajo para la gestión de las dependencias del Comisionado y señalar sus funciones.*

9. *Presentar el informe anual al Congreso de la República.*

10. *Presentar a consideración del Gobierno Nacional el proyecto de presupuesto de la Oficina Especial del Comisionado Nacional para la Policía.*

11. *Delegar funciones de conformidad con la ley.*

12. *Las demás que le señale la ley y los reglamentos."*

Posteriormente, el Decreto 1810 de 1994 "Por el cual se establece la Planta de Personal del Comisionado Nacional para la Policía", respecto al régimen prestacional del personal de dicha dependencia señaló en sus artículos 2° y 3° lo que pasa a leerse:

*"Artículo 2°. Los funcionarios vinculados a la Planta de Personal establecida en el presente Decreto, estarán sometidos al régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva de que tratan los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y demás normas que los modifican o adicionan.*

*Artículo 3°. El Comisionado Nacional para la Policía distribuirá los cargos de la Planta establecida en el presente Decreto, estarán sometidos al régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva de que tratan los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y demás normas que lo modifican o adicionan.*

En ese orden de ideas, por disposición expresa del Decreto 1810 de 1994 los empleados de la Oficina del Comisionado de la Policía Nacional respecto a su régimen salarial y prestacional se encontraban sometidos al establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, contenidos en los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978<sup>1</sup>.

No obstante, el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de septiembre de 2011 al decidir el medio de control de nulidad declaró ilegales los artículos 2° y 3° del Decreto 1810 de 1994, por las siguientes razones:

*“Es importante resaltar que de conformidad con lo establecido en los Decretos Ley 1050 y 3130 de 1968, 130 de 1976, vigentes para la época en que se expidió la Ley 62 de 1993 y la Ley 489 de 1998, cuando se reestructuró el Ministerio de Defensa Nacional, a esta oficina no se le puede dar la connotación de establecimiento público, por cuanto para ser considerada como tal, ha debido ser creada o autorizada por la Ley con ese carácter y en el asunto en estudio, fue creada como un cargo y luego denominada oficina especial, no atiende funciones administrativas, no presta servicios, no tiene personería jurídica, su autonomía administrativa es relativa, tiene asignado un rubro dentro del presupuesto nacional, no es descentralizada, no está adscrita al Ministerio sino directamente ubicada dentro de él, etc.*

*En conclusión, el Comisionado Nacional para la Policía, fue creado como un cargo, luego definido como una oficina especial que hace parte de la estructura orgánica del Ministerio de Defensa Nacional, la cual se encuentra ubicada directamente en el Despacho del Ministro, lo que quiere decir que es una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional.*

*Definida su naturaleza (dependencia del Ministerio de Defensa Nacional), y para efecto de definir el problema jurídico, es importante señalar lo siguiente:*

*En el Ministerio de Defensa Nacional, se aplican dos regímenes prestacionales. Uno, el que cobija a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, contenidos en los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 y demás concordantes, para el personal uniformado y el segundo, consagrado en el Decreto 1214 de 1990 y demás concordantes para el personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

*De conformidad con el artículo 2 del Decreto 1214 de 1990, integran el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional:*

---

<sup>1</sup>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” Y Decreto 1045 de 1978, Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional

*... las personas naturales que **presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional.** (Se subraya)*

***Es claro en consecuencia, que los funcionarios vinculados a la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional como dependencia directa del Despacho del Ministro de Defensa Nacional, hacen parte del llamado personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, como se desprende de la norma transcrita.***

*No desconoce la Sala que en un principio el cargo de comisionado y luego la oficina especial no se encontraba dentro de la estructura orgánica de la Policía Nacional ni del Ministerio de Defensa Nacional, sin embargo, si dependía funcionalmente de la Dirección General en los aspectos operativos y de coordinación y fue contemplada en el Decreto 2203 de 1993, que desarrolló la estructura orgánica y las funciones de la Policía Nacional.*

*No existe ninguna posibilidad de que los servidores de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, no fueran personal civil, en consideración a que las únicas personas no uniformadas que no podían tener tal carácter, pertenecientes al Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, eran las contempladas en el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 1214 de 1990, que disponía:*

*"En consecuencia, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo."*

*Al no tener la oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional ninguna de esas calidades, es decir, establecimiento público, empresa industrial o comercial del Estado, sociedad de economía mixta o unidad administrativa especial, adscritas o vinculadas, a sus empleados no podía más que considerárseles, personal civil.*

***En consecuencia, de conformidad con el artículo 189, numeral 14 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional no tenía competencia para determinar, como lo hizo, el régimen prestacional de los empleados de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, potestad que es propia del Congreso de la República, según se desprende del artículo 150 numeral 19 de la misma Carta Política que señala:***

*"Artículo 150. Corresponde al Congreso de la República hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ...*

*19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: ...*

*e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. ..."*

***En consecuencia, no podía el Gobierno Nacional mediante un decreto reglamentario, excluir del régimen prestacional establecido en los Decretos 1214 de 1990 y 1792 de 2000, al personal civil perteneciente***

***a la oficina del Comisionado Nacional para la Policía, pues se atribuyó una competencia reservada a la Ley. Se anularán, los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994.***<sup>2</sup> (Negrillas fuera del texto original)

En ese orden de ideas, el Comisionado de la Policía Nacional al ser una dependencia directa del Despacho del Ministerio de Defensa Nacional, hace parte del personal civil no uniformado de dicho Ministerio conforme los términos del artículo 2° del Decreto 1214 de 1990, por lo cual, igualmente el régimen salarial y prestacional de sus miembros se encuentra regulado por la referida disposición normativa.

El mencionado régimen salarial y prestacional dispuesto en el Decreto 1214 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional", estableció la prima de actividad y el subsidio familiar para los empleados públicos del Ministerio de Defensa, bajo los siguientes supuestos:

***“ARTÍCULO 38.- PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones.***

***ARTÍCULO 49.- SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los empleados públicos del Ministerio tendrán derecho al pago de un subsidio familiar, que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:***

- a) Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c) de este artículo;***
- b) Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c) del presente artículo;***
- c) Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).***

***PARÁGRAFO. El límite establecido en el literal c) de este artículo no afectará a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1972, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores a diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación”.***

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 29 de septiembre de 2011, M.P. Alfonso Vargas Rincón, radicado No. 11001-03-25-000-2008-0008-00.

Conforme lo expuesto, se tiene que los empleados públicos del Comisionado de la Policía Nacional al hacer parte del Despacho del Ministerio de Defensa Nacional le es aplicable el régimen salarial y prestacional contenido en el Decreto 1214 de 1990, esto es, son beneficiarios entre otros de disfrutar la prima de actividad y el subsidio de familia siempre y cuando cumplan con algunos de los requisitos señalados por el artículo 49 ibidem.

De esa manera se expresó el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 21 de noviembre de 2011 al señalar:

*“Establecidas con esta decisión: (i) la naturaleza de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía (**división integrante de la estructura orgánica del Ministerio de Defensa Nacional, concretamente del Despacho del Ministro**), (ii) la condición que ostentan los servidores vinculados a esta dependencia (**“personal civil”**) y (iii) la extralimitación de facultades en que incurrió el Gobierno Nacional, al excluir a estos empleados del régimen prestacional establecido en los decretos 1214 de 1990 y 1792 de 2000, quedan al descubierto las irregularidades que se le atribuyen al oficio acusado.*

*En efecto, la discriminación creada con el decreto 1810 de 1994, la vulneración de principios y de normativa de rango constitucional y la infundada inaplicación del régimen prestacional civil consagrado en el decreto 1214 de 1990, anomalías advertidas para obtener la anulación del oficio CNP 050108405 de 2005, quedan confirmadas con los apartes de la sentencia transcrita.*

*Levantada así, con la declaratoria de nulidad de los artículos 2º y 3º del decreto 1810 de 1994, la traba que impedía, en principio, la aplicación del régimen prestacional civil a los miembros de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, se habrá de revocar la decisión denegatoria del a-quo para, en su lugar, acceder al pago de las prestaciones a que se refieren los artículos 38 y 49 del decreto 1214 de 1990 (prima de actividad y el subsidio familiar). Lo anterior, no sin antes precisar, que el reconocimiento a que haya lugar, se efectuará a partir del 2 de diciembre de 2001, pues los derechos anteriores a dicha fecha fueron afectados por la prescripción cuatrienal (artículo 129 del decreto 1214 de 1990), como quiera que el demandante elevó su reclamación el 2 de diciembre de 2005 (fls. 54 a 55).<sup>3</sup> (Negrilla fuera del texto original)*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2011, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicado No.25000-23-25-000-2006-02042-01

## CASO CONCRETO

De la documental obrante en el plenario se observa que la señora Gloria Luz Martín Alfonso prestó sus servicios a la planta global del Comisionado de la Policía desde el 1° diciembre de 1999 hasta el 22 de agosto de 2007, ocupando los cargos de Auxiliar Administrativo grado 5120-17 y Secretario Ejecutivo grado 5040-20 tal como se observa a folio 286 del CD contentivo de los antecedentes administrativos visto a folio 219 del expediente.

En tal sentido, conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el Consejo de Estado mediante la sentencia del 29 de septiembre de 2011, declaró la nulidad de los artículos 2° y 3° del Decreto 1810 de 1994 que excluía a los miembros del Comisionado de la Policía del régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1214 de 1990 como personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa para ubicarlos en el régimen señalado para los empleados de la Rama Ejecutiva contenidos en los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978, por lo que en consecuencia los servidores públicos que hacían parte de la planta global del Comisionado Nacional de la Policía a efectos de la liquidación de sus salarios y prestaciones sociales les era aplicable íntegramente el régimen señalado por el referido Decreto 1214 de 1990.

Así las cosas, en el asunto, la accionante al haber prestado sus servicios a la planta global del Comisionado Nacional de la Policía es beneficiaria de las asignaciones, primas y subsidios del Título III del Decreto 1214 de 1990, que son, la prima de actividad señalada en el artículo 38 y el subsidio de familia contenido en el artículo 49 ibídem.

Frente a la prima de actividad, el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 señala que los empleados tienen derecho a percibir dicha prima en un cuantía de un 20% sobre la asignación básica, mientras permanezcan en sus funciones.

Así, se encuentra demostrado que la accionante prestó sus servicios a la planta global del Comisionado Nacional de la Policía, desde el 1° de diciembre de 1999 hasta el 22 de agosto de 2007, por lo que para esas fechas tenía derecho a percibir la prima de actividad consagrada en el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990.

Sobre el subsidio de familia, se anota que el artículo 49 literal a) del Decreto 1214 de 1990 establece que tienen derecho a percibir ese beneficio los empleados que estuvieron

casados en cuantía de un 30% de la asignación básica, más los porcentajes a que se tengan derecho por hijos.

Así, se hace necesario observar si la accionante cuenta con los requisitos señalados por la norma en cita para poder ser beneficiaria del subsidio familiar solicitado en el escrito de demanda.

Revisada la foliatura procesal y los antecedentes administrativos obrantes en el CD visto a folio 219 del expediente no obra registro civil de matrimonio que indique que la accionante estuviere casada o tuviere hijos.

Respecto a esto último, la accionante textualmente afirmó que no tenía hijos tal como se observa a folio 177 del CD de los antecedentes administrativos obrante a folio 219 del expediente.

No obstante, a folio 199 del plenario obra escrito en el cual la parte actora le solicitó a la entidad accionada la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario al señor José M. Hernández Clavijo por ser su "cónyuge", petición que fue resuelta favorablemente mediante el Oficio No. 2320-193-2005 del 12 de abril de 2005 donde se comunicó la afiliación del señor Hernández junto con la expedición del correspondiente carnet que lo acreditaba como beneficiario de la señora Gloria Luz Martín Alfonso.

De igual forma, a folio 217 del CD contentivo de los antecedentes administrativos, se observa el formato único de declaración juramentada de bienes y rentas y actividad económica privada realizada por la accionante el 29 de marzo de 2006, en el cual se consignó que ella mantenía una sociedad con el señor José M. Hernández Clavijo.

Ahora bien, el literal a) del artículo 49 del Decreto 1214 de 1990 establece el derecho a percibir subsidio de familia sólo respecto de las personas casadas, por lo que se entendería que únicamente el personal que ha contraído matrimonio por lo católico o por lo civil serían susceptibles de acceder al referido beneficio.

Sin embargo, el Decreto 1029 de 1994 en sus artículos 110 y 111 estableció que por familia se entenderá no sólo a los cónyuges y sus hijos sino también a los compañeros permanentes, en efecto cualquier beneficio que estuviere instituido a favor de las

personas que contrajeron matrimonio le sería igualmente extensible al personal que hubiere formado una unión marital de hecho.

Para mejor comprensión se pasa a leer el tenor literal de los artículos 110 y 111 del Decreto 1029 de 1994 que rezan:

**"Artículo 110. Definiciones.** Para los efectos legales de este estatuto se entiende por:

**Familia.** Es la constituida por el cónyuge o **compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo**, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo. (...)"

**"Artículo 111. Reconocimiento derechos prestacionales.** A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos Ley números 1211, 1212, 1213 y **1214 de 1990**, para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto" (Negrillas fuera del texto original)

Ahora bien, de la lectura del aparte resaltado del artículo 110 del Decreto 1029 de 1994, pareciera a simple vista que dicha extensión sólo se realizó respecto de los miembros de la Policía Nacional que pertenecían al nivel ejecutivo.

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-315 de 2002 con base en pronunciamientos precedentes de esa misma corporación fue clara en señalar que a pesar que el artículo 110 del Decreto 1029 de 1994 hace referencia exclusivamente a los miembros del nivel ejecutivo el concepto de familia era igualmente extensible a los demás niveles y miembros de las Fuerzas Militares.

De esa manera, el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia en mención señaló:

*"(...) No pasa inadvertido a la Corte que a pesar de que el artículo 111 del Decreto 1029 dispone que el reconocimiento de las prestaciones sociales establecidas en el Decreto 1214 de 1990 se llevará a cabo teniendo en cuenta la definición de familia consagrada en el artículo 110 del mismo Decreto, esta última norma habla de que para estos efectos por familia se entenderá "la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo..." Es decir, pareciera que tal definición se adopta sólo para los servidores públicos de tal nivel –el ejecutivo–.*

*Sin embargo, la aplicabilidad de la noción familia para los demás servidores públicos de otros niveles distintos del "nivel ejecutivo", a fin de reconocerles*

los derechos y prestaciones consagrados en los decretos a que alude el artículo 111 del Decreto 1029 de 1994, es asunto que ya fue estudiado por esta Corporación, quien sobre el punto **concluyó que la referencia al “nivel ejecutivo”, no era óbice que impidiera entender que todos los funcionarios de cualquier nivel quedaban cobijados por la ampliación de la noción de familia contenida en el artículo 110.** Sobre el particular, y sobre la vigencia general del artículo 111 del Decreto 1029 de 1994, en la Sentencia C-613 de 1996, se estudió in extenso la inquietud anterior, llegándose a las siguientes conclusiones:

*En la sentencia C-417 de 1994, la Corte encontró que el numeral 1 del artículo 35 de la Ley 62 de 1993, no había otorgado al Presidente la facultad de crear un nivel distinto al de oficiales, suboficiales y agentes dentro de la Policía Nacional y, por lo tanto, declaró inexecutable las expresiones “personal del nivel ejecutivo”, del Decreto 41 de 1994. En tal sentido, podría afirmarse que el Decreto reglamentario 1029 de 1994, a través del cual se regulaba el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, resulta inaplicable, como quiera que a la luz de la sentencia C-417 de 1994, el “nivel ejecutivo” habría desaparecido.*

*Sin embargo, advierte la Corte que el artículo 111 estudiado no se refiere al nivel ejecutivo. Por el contrario, su radio de aplicación excluye el citado nivel para modificar, exclusivamente, el estatuto de personal de oficiales, suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (Decretos 1211 y 1212 de 1990), de agentes de la Policía Nacional (Decreto 1213 de 1990) y del personal civil del ministerio de defensa y de la Policía Nacional (Decreto 1214 de 1990).*

*De otro lado, el Decreto 1029 de 1994, fue expedido en desarrollo de la Ley 4 de 1992 y, por lo tanto, nada obsta para que dentro de su articulado se contemple una reforma al régimen de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, pese a que la materia dominante del mismo fuera la integración del régimen salarial y prestacional del “nivel ejecutivo” de la misma institución.*

*En definitiva, la declaración de inexecutable del Decreto Ley 41 de 1994, no afectó la vigencia del artículo 111 del Decreto 1029 de 1994.*

*Podría sostenerse que el artículo 111 del Decreto 1029 de 1994 resulta imposible de aplicar, en cuanto se refiere al concepto de familia consagrado en el artículo 110 del mismo estatuto, que a su turno es inaplicable por referirse al “nivel ejecutivo”. Sin embargo, debe aclararse que en la medida en que el citado artículo 110 sirve de sustento a lo dispuesto en el precitado artículo 111, conserva vigencia, al menos para estos efectos.*

*De otra parte, no pasa inadvertida a la Corte la expedición del Decreto 1091 de 1995 que, tácitamente, deroga las disposiciones del Decreto 1029 que le sean contrarias (art. 113). No obstante, no hay ninguna norma en el citado Decreto que modifique o derogue la disposición normativa contenida en el artículo 111 del Decreto 1029 de 1994.”<sup>4</sup> (Negrillas fuera del texto original)*

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-315 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Conforme a lo expuesto, se concluye que el artículo 111 del Decreto 1029 de 1994 modificó el artículo 49 del Decreto 1214 de 1990, en el sentido de extender el reconocimiento del subsidio de familia a los servidores públicos que hubieren constituido una familia mediante la unión marital de hecho.

Por otra parte, la Ley 54 de 1990 *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*, definió que se entiende por unión marital de hecho y compañeros permanentes de la siguiente manera:

*“Artículo 1º. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.”<sup>5</sup>*

En efecto, la pareja conformada por hombre y mujer o del mismo sexo que deciden integrar una unión marital de hecho son entre sí compañeros permanentes.

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que a folio 119 obra escrito de petición de fecha 12 de enero de 2005, en el cual la accionante solicitó a la entidad accionada la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud del señor Hernández en su calidad de beneficiario por ser su compañero permanente, petición que fue accedida por dicho sujeto procesal, por lo que se tiene que a partir de esa fecha la señora Gloria Luz Martín Alfonso y el señor José M. Hernández Clavijo comenzaron una comunidad de vida permanente y singular que da cuenta de la constitución de una unión marital de hecho según los términos de la Ley 54 de 1990, que como se vio hizo acreedor al compañero permanente de la actora poder ser beneficiario de los servicios de salud.

Lo anterior se encuentra ratificado con lo expresado bajo la gravedad de juramento en el formato de declaración juramentada de bienes y rentas y actividad económica privada del 29 de marzo de 2006 obrante a folio 217 de los antecedentes administrativos CD visto a folio 219 del expediente, en el cual la accionante manifestó que tenía una unión marital de hecho con el señor José M. Hernández Clavijo.

Sobre la declaración juramentada de bienes y rentas y actividad económica privada, la Ley 190 de 1995 *“Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la*

---

<sup>5</sup> El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-683 de 2015, bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa", establece la obligación de declarar bajo la gravedad de juramento los bienes y rentas que se tienen al momento del ingreso al servicio público e incluso dentro la prestación de los servicios en vigencia de esa sujeción legal y reglamentaria especial con el Estado.

Así, el artículo 14 de la Ley 190 de 1995 sobre el contenido que debe tener la referida declaración juramentada señala:

*ARTÍCULO 14. La declaración juramentada deberá contener, como mínimo, la siguiente información:*

- 1. Nombre completo, documento de identidad y dirección del domicilio permanente.*
- 2. Nombre y documento de identidad, del conyugue o compañero(a) permanente y parientes en primer grado de consanguinidad.***
- 3. Relación de ingresos del último año.*
- 4. Identificación de las cuentas corrientes y de ahorros en Colombia y en el exterior, si las hubiere.*
- 5. Relación detallada de las acreencias y obligaciones vigentes.*
- 6. Calidad de miembro de Juntas o Consejos Directivos.*
- 7. Mención sobre su carácter de socio en corporaciones, sociedades o asociaciones.*
- 8. Información sobre existencia de sociedad conyugal vigente o de sociedad de hecho entre compañeros permanentes, y***
- 9. Relación e identificación de bienes patrimoniales actualizada. (Negrillas fuera del texto legal)*

Por su parte, el inciso 2° del artículo 15 de la mencionada Ley 190 de 1995<sup>6</sup>, se desprende que la declaración juramentada de bienes y rentas se configura como un elemento probatorio para efectos de la aplicación de las normas que gobiernan a los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, es decir que en tratándose del régimen salarial y prestacional de dichos miembros lo manifestado en esa declaración bajo la gravedad de juramento cobra especial relevancia y se configura como prueba para la posible demostración que en un determinado asunto un servidor público cuenta con un derecho salarial o prestacional.

---

<sup>6</sup> "Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y, propósitos de la aplicación de las normas del servicio público."

En ese orden de ideas, a efectos de demostrar la unión marital de hecho, conforme lo señalado por los artículos 14 y 15 de la Ley 190 de 1995, la declaración juramentada de bienes y rentas se configura como una prueba que indica la existencia o no de dicha unión marital de hecho, que haga acreedora, en este caso a la accionante de poder gozar del subsidio familiar establecido en el Decreto 1214 de 1990.

Ahora bien, se advierte que en el formato único de la referida declaración juramentada del 22 de agosto de 2007 (fl.247 de los antecedentes administrativos CD visto a fl. 219), última realizada por la accionante dado a la supresión del cargo que ocupaba, ella indicó que no tenía vigente una unión marital de hecho.

Con base en lo anterior, el Juzgado en aplicación del principio pro operario establecido en el artículo 53 de la Constitución Política y teniendo en cuenta el valor legal y probatorio que se le otorga a la declaración juramentada señalada por la Ley 190 de 1995, encuentra probado que desde el 12 de enero de 2005 (fecha de presentación del escrito de petición en el cual se solicitó la inclusión del señor Hernández como beneficiario para acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud) y el 21 de agosto de 2007 (día anterior en el cual se realizó la anotada declaración del año 2007, donde se indicó que la actora no tenía unión marital de hecho constituida) existió una unión marital de hecho entre la demandante y el señor José Hernández Clavijo.

En tal sentido, se concluye que la señora Gloria Luz Martín Alfonso tiene derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar establecido en el literal a) del artículo 49 del Decreto 1214 de 1990 desde el 12 de enero de 2005 hasta el 21 de agosto de 2007.

Ahora bien, determinado el derecho que le asiste al sujeto activo a que se reconozca y pague la prima de actividad y el subsidio familiar, procede el Juzgado de oficio a revisar la prescripción aplicable al asunto.

El Decreto 1214 de 1990 en su artículo 129<sup>7</sup> estableció que la prescripción operara cuando han transcurrido 4 años desde que la respectiva prestación se haya hecho exigible.

---

<sup>7</sup> ARTÍCULO 129. PRESCRIPCIÓN. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Así las cosas, el derecho a percibir la prima de actividad y el subsidio familiar a los empleados de la planta global del Comisionado de la Policía se hizo exigible a partir de la ejecutoria de la sentencia del 29 de septiembre de 2011 proferida por el Consejo de Estado que declaró la nulidad de los artículos 1° y 2° del Decreto 1810 de 1994 que establecía que los referidos funcionarios serían regulados por el régimen salarial y prestacional establecido para los empleados de la rama ejecutiva, régimen que no contemplaba las partidas salariales anotadas.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que *"cuando exista un nuevo hecho que genere una expectativa legítima"*<sup>8</sup>, tal como la declaratoria de la nulidad de un Decreto con base en el cual se tomaron decisiones administrativas, el término prescriptivo se deben empezar a contar a partir de la ejecutoria de dicha providencia, ello en concordancia con el principio *ex tunc*, el cual retrotrae los efectos de la disposición normativa declarada nula, como si ella nunca hubiera existido en el ordenamiento jurídico.

Así pues, dado a los efectos *ex tunc* de la sentencia del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2011, que estableció que los funcionarios de la Planta Global del Comisionado de la Policía hacen parte del personal civil no uniformado regulado por el Decreto 1214 de 1990 el cual contempla el derecho a percibir la prima de actividad y el subsidio familiar es a partir de la ejecutoria de la mencionada providencia que se empieza a contabilizar el término prescriptivo.

Así, se tiene que la accionante elevó escrito de petición el 11 de mayo de 2012 (fl.3) y la sentencia a partir de la cual se hace exigible el derecho es del 29 de septiembre de 2011, por lo que se concluye que en el asunto no operó el fenómeno de la prescripción cuatrienal.

En tal sentido, la señora Gloria Luz Martín Alfonso tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad desde el 1° de diciembre de 1999 fecha en la cual ingresó a la planta global del Comisionado Nacional de la Policía hasta el 22 de agosto de 2007 día de su retiro.

A su vez, la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar desde el 12 de enero de 2005 hasta el 21 de agosto de 2007, conforme lo expuesto.

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, M.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez, Sentencia del julio 9 de 2015, radicado interno No. (0327-2014).

En consecuencia se declarará la nulidad del Oficio No. 61308 del 4 de julio de 2012, mediante el cual la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de las referidas primas para las fechas antes indicadas, previos descuentos de Ley.

Adicionalmente se ordenará el reconocimiento y pago de las diferencias que resulten en la liquidación de las prestaciones percibidas por la actora como consecuencia de la no cancelación de los emolumentos correspondientes por las partidas aquí reconocidas.

Las diferencias resultantes del restablecimiento del derecho, serán indexadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con INDEXACIÓN al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{R.H. \text{ INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

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 la prima de actividad y subsidio familiar, 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 inicial vigente para la fecha en la cual fue desvinculada la parte actora.

En lo referente al reconocimiento y pago de los tres meses de alta por retiro, contemplados en los artículos 114 y 115 del Decreto 1214 de 1990, los mismos habrán de negarse, por cuanto para el reconocimiento solicitado, es necesario acreditar el cumplimiento de 10 años de servicio al momento del retiro (artículo 114) o los requisitos para ser acreedor de la pensión (artículo 115), y la demandante únicamente acreditó haber laborado desde el desde el 1º de diciembre de 1999, hasta el 22 de agosto de 2007, sin superar los 10 años de servicio y sin cumplir los requisitos para pensionarse.

De igual manera habrá de negarse el reconocimiento y pago de la prima de alimentación, prima de bujería, prima de calor, prima de instalación, prima de navidad, prima de orden público, prima de salto en paracaídas, prima de servicios, prima vacacional y auxilio de transporte, por cuanto no aportó prueba sumaria que diere cuenta del cumplimiento de los

supuestos establecidos en las normas que regulan el reconocimiento prestacional o en su defecto, la falta de pago de los emolumentos referidos.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los Artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del sub-examine.

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

#### **FALLA**

**PRIMERO.-** Declarar la nulidad del Oficio No. 61308 del 4 de julio de 2012, proferido por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional a reconocer y pagar a favor de la señora Gloria Luz Martín Alfonso identificada con cédula de ciudadanía No. 41'732.311 de Bogotá, la prima de actividad a partir del 1° de diciembre de 1999 y hasta el 22 de agosto de 2007, y el subsidio familiar desde el 12 de enero de 2005 hasta el 21 de agosto de 2007, como partidas computables de su asignación básica percibida en actividad y la reliquidación de las prestaciones sociales a que hubiere lugar, realizando los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social, previo descuentos de Ley.

**TERCERO:** Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la fórmula indicada en la parte motiva de la presente providencia, esto es:

$$R = RH X (\text{índice Final} / \text{índice inicial})$$

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 la prima de actividad y subsidio familiar, 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 inicial vigente para la fecha en la cual fue desvinculada la parte actora.

**CUARTO.-** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO.-** Sin lugar a condena en costas.

**SEXTO.-** Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**SÉPTIMO.-** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público, y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE.**

*Angélica A Sandoval A.*  
**ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA**  
Juez

S.A

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy veinticuatro (24) de julio de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>113</u></p> <p><i>[Firma]</i> ERVIN RÓMERO OSUNA Secretario</p>
---



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: **11001-33-42-052-2016-000150-00**

Demandante: **Nancy Esperanza Ramos Sánchez**

Demandado: **Bogotá – Distrito Capital – Secretaría de Salud y  
Fondo Financiero Distrital de Salud**

Asunto: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia  
reconocimiento y pago acreencias laborales**

Se profiere sentencia de primera instancia dentro del medio de control instaurado por la señora Nancy Esperanza Ramos Sánchez contra Bogotá – Distrito Capital – Secretaría de Salud y Fondo Financiero Distrital de Salud, en los siguientes términos:

**ANTECEDENTES**

El actor pretende que se declare la nulidad del oficio No. 2014EE113391 del 19 de diciembre de 2014, por el cual la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, negó la solicitud de reintegro al mismo puesto de trabajo que ostentaba en dicha entidad, y el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de cancelar.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reconozca la "*realidad contractual*", aceptando que la actora laboró al servicio de Bogotá – Distrito Capital – Secretaría de Salud, en calidad de empleada pública, atendiendo la vinculación realizada a través de contratos de prestación de servicios.

Solicita que se reintegre en la planta de cargos del personal de la Secretaría Distrital de Salud de la Alcaldía de Bogotá, en un cargo igual o superior al que ocupó en la entidad, declarándose que no operó solución de continuidad en la prestación de servicios; así mismo se cancele de manera solidaria entre Bogotá – Distrito Capital – Secretaría de Salud y el Fondo Financiero Distrital de Salud, todos los emolumentos dejados de percibir desde el 11 de septiembre de 2007, hasta la fecha de reintegro efectivo; se cancele la indemnización por despido injusto, la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas, se cancelen intereses moratorios o corrientes con indemnización de las acreencias laborales que tiene derecho.

Se condené a las accionadas al pago costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicita que a título de reparación del daño se paguen los emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir, respecto del valor de cada contrato, ateniendo las primas, subsidios y demás valores a los que tiene derecho; así como la indemnización por despido injusto, mora en el pago de cesantías definitivas, pago de intereses moratorios y pago de costas y agencias en derecho.

### HECHOS

La señora Nancy Esperanza Ramos Sánchez, fue contratada el 11 de septiembre de 2007 por el Fondo Financiero Distrital de Salud, para prestar sus servicios en la Secretaría de Salud – Bogotá Distrito Capital, en desarrollo del contrato No. 764 de 2007, con una remuneración mensual de \$2.945.105.

La demandante suscribió con posterioridad los contratos Nos. 635 del 30 de mayo de 2008, consistente en una prórroga por un mes; el 480 del 25 de marzo de 2009 por 5 meses; el 1171 del 30 de agosto de 2010; el 1549 del 17 de diciembre de 2010; el 405 del 17 de marzo de 2011, finalizando el 29 de febrero de 2012.

Las labores realizadas por la demandante, fueron desarrolladas de manera personal, bajo un horario establecido, recibiendo órdenes superiores de manera constante, lo cual se dejó plasmado en los reportes e informes de trabajo que entregaba a su superior.

Manifestó que sus labores eran iguales o similares a las desarrolladas por un Empleado Público – Profesional Especializado Código 222 Grado 27 de la planta de funcionarios de la Secretaría de Salud.

Sostuvo que la administración terminó el contrato celebrado con la actora sin justa causa, razón por la cual el 31 de octubre de 2014, la señora Ramos Sánchez radicó ante la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, la solicitud de reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales; obteniendo respuesta desfavorable a través del oficio No. 2014EE113391 del 19 de diciembre de 2014.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Como normas violadas se mencionan los artículos 53, 122 y 125 de la Constitución Política; Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007; artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo; numeral

29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; Decretos 1042 de 1978, 1919 de 2002, 451 de 1984 y 1808 de 1994.

Anotó que las entidades utilizaron erróneamente procedimientos legales para la vinculación de trabajadores a su planta de personal sin tener que asumir la relación legal y reglamentaria correspondiente, y omitiendo la carga prestacional, en detrimento de los derechos laborales de las personas contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios.

Manifestó que la actora fue contratada como Profesional Especializada del Área de Salud cuyas funciones aparecen señaladas en el cargo Profesional Especializado Código 222, Grado 27, establecido en la Resolución No. 296 del 13 de marzo de 2000.

Resaltó que la administración en la contratación de la mano de obra para el desarrollo de sus labores misionales violó no solo la Ley aplicable sino el principio general del derecho laboral de la primacía de la realidad sobre las formalidades, así como a trabajo igual, salario igual.

Se refirió a la violación del régimen disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002, por parte de la entidad al contratar personal bajo una figura disfrazando la realidad del contrato de trabajo y a la procedencia del reintegro de los empleados.

### **CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD**

La entidad accionada contestó en término oponiéndose a las pretensiones de la demanda (fls.811), señalando que el contrato de prestación de servicios suscrito con la actora, contemplaba actividades que se realizaban por otros profesionales, lo cual no es una situación que equipare el contrato de prestación de servicios a un contrato de naturaleza laboral, más cuando la demandante contaba con independencia y autonomía en el desarrollo de sus actividades, advirtiendo además, que los contratos celebrados no fueron continuos.

Agregó que en el caso de la actora no se cumplieron los presupuestos que configuran un verdadero contrato de trabajo, y afirmar lo contrario sería vulnerar la igualdad de quienes si cumplieran un contrato laboral, estaban supeditados a un horario y a una subordinación propia de los contratos laborales.

Citó jurisprudencia que consideró acorde con el tema, y solicitó que se despachen desfavorablemente las súplicas de la demanda.

Propuso la excepción de “*caducidad de la acción*”, la cual este Despacho desestimó en la audiencia inicial celebrada el 17 de enero de 2017 (fls.832-838), por encontrar que la demanda se presentó dentro del término establecido por la Ley.

### TRÁMITE PROCESAL

Por providencia del 9 de junio de 2016, se admitió la demanda (fls.781-784), notificándose el 29 de julio de 2016 a la parte demandada (fls.788-789).

Por providencia del 6 de diciembre de 2016, se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial (fls.825-826), la cual se llevó a cabo el 17 de enero de 2017 (fls.832-838), sin que se presentaran vicios de nulidad, decretándose unas pruebas testimoniales y documentales y fijándose el litigio en establecer lo siguiente:

- ¿Le asiste derecho a la parte accionante a que sea reconocida como empleada pública, y así reintegrada a la planta de personal de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, en un cargo igual o superior al que desempeñó en la entidad, se paguen los dineros dejados de percibir, se declare que no ha existido solución de continuidad, al pago de la indemnización por despido injusto, al reconocimiento y pago de la indemnización de que trata la Ley 1071 de 2006, por la mora en el pago de las cesantías definitivas?
  
- ¿Le asiste derecho a la actora que se reconozca la existencia de un vínculo laboral con la entidad accionada y se paguen los dineros dejados de percibir en virtud de dicho vínculo, a la declaración que no ha existido solución de continuidad, al pago de la indemnización por despido injusto, al reconocimiento y pago de la indemnización de que trata la Ley 1071 de 2006, por la mora en el pago de las cesantías definitivas?

El 31 de enero y el 1 de febrero de 2017, se celebró audiencia de recepción de testimonios (fls.847-850; 852-854).

Por providencia del 17 de marzo de 2017, se puso en conocimiento de las partes las documentales solicitadas en la audiencia de pruebas y allegadas por la entidad, vistas a

folios 861 a 879 (fl.881); corriendo traslado para alegar de conclusión por auto del 17 de mayo de 2017 (fls.88-889).

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Corrido el término de alegar de conclusión por providencia del 17 de mayo de 2017 (fls.888-889), las partes señalaron lo siguiente:

La apoderada de la entidad accionada, reiteró los planteamientos esgrimidos en la contestación y consideró que no se comprobaron en el *sub lite*, los elementos propios de una relación laboral entre la entidad y la actora, atendiendo que la misma desempeñaba sus funciones de manera autónoma (fls.892-899).

El apoderado de la parte actora, insistió en los argumentos expuestos en la demanda, (fls.900-907), hizo referencia a las pruebas allegadas al plenario y anotó que quedó demostrado que en las instalaciones de la Secretaría de Salud de Bogotá, cumplía un horario y tenía un superior al cual reportaba diariamente su labor; resaltó que las funciones que desempeñó son inherentes al funcionamiento o al objeto misional de la entidad y que sus labores son similares a las que realiza un empleado de planta.

Agregó que de las pruebas allegadas al expediente se evidencia la subordinación y control que ejercía la entidad sobre la actora, a través de sus empleados.

Concluyó que la labor realizada por la actora en la entidad demandada, se encaja dentro de una relación laboral legal y reglamentaria, que debe regularse bajo la Ley 909 de 2004 y por ende cancelarse sus derechos sus prestaciones sociales como empleado público.

### **CONSIDERACIONES**

Pasa el Despacho a analizar el derecho que le pueda asistir a la actora que se declare la nulidad del oficio No. 2014EE113391 del 19 de diciembre de 2014, por el cual Bogotá – Distrito Capital – Secretaría de Salud y Fondo Financiero Distrital de Salud negó el reconocimiento del vínculo laboral con la entidad; así mismo que se reconozca la existencia de la relación laboral, y por ende el pago de las acreencias laborales tales como cesantías, vacaciones y primas de servicios, vacaciones, navidad, entre otras, y el derecho a ser beneficiario de la indemnización por supresión del cargo que ocupaba.

## MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Advierte el Juzgado, que el contrato de prestación de servicios no es un instrumento para desconocer los derechos laborales, no pudiendo ocultar las relaciones laborales sobre las distintas actuaciones que celebre la administración.

Para ello, es factible referirse al artículo 53 de la Constitución Política, que establece la *"primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"*, así como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos por las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función, en calidad de servidores públicos.

Ahora bien, el artículo 122 de la Constitución Política, estableció que el empleo público contiene unas funciones detalladas en la Ley, debiendo estar contemplado en la planta, previo la disposición de los recursos en el presupuesto; así mismo, el artículo 125 ibídem, consagró que los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera, como se lee:

*"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. (Inc. 1º)..."*

*"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 (...)"*

De las normas citadas, se tiene que el régimen jurídico prevé tres clases de vinculaciones, i) Empleados Públicos, sujetos a una relación legal y reglamentaria; ii) Trabajadores Oficiales, bajo una relación contractual laboral y; iii) Los contratistas de prestación de servicios, que cuenta con una relación contractual estatal.

Frente a la relación contractual estatal, se advierte que en caso que se desdibujen las reglas que lo caracterizan, corresponde decidir lo pertinente, a la justicia ordinaria, en caso que se asemeje a la relación de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa si sus funciones son propias a las de un cargo de empleado público.

La carga probatoria radica en quien pretenda desvirtuar las características del contrato de prestación de servicios, para lo cual la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554, señaló:

*“Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (subrayas de la Sala).*”

- **Del contrato de prestación de servicios:**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso estudiar la naturaleza del contrato de prestación de servicios, así:

El contrato de prestación de servicios se estableció para cubrir funciones de origen especial o de administración, que no puedan ser desempeñadas por funcionarios de planta, disponiéndose al respecto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que:

*“Artículo. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)*

*3. 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.” (Subrayas fuera de texto)*

En esa medida, el contrato de prestación de servicios suscrito por las entidades estatales tiene fundamento legal en el Estatuto General de Contratación, es decir, está autorizado por la ley y tiene como propósito que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa, relación jurídica que se establece con personas naturales, para que cumplan actividades que no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

La convención realizada en el contrato de prestación de servicios no tiene otro propósito que el desarrollo de labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, sin importar la circunstancia de lugar donde se prestó el servicio, siendo las necesidades de la administración las que imponen la celebración de este tipo de contratos.

Ahora, si bien la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, ni prestaciones sociales, sin embargo, cuando de ellos se

vislumbran elementos como la subordinación o dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración, se está frente a una relación laboral independientemente de la forma de vinculación.

Jurisprudencialmente se han dado las pautas para determinar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, en una relación laboral, en aplicación del artículo 53 Superior<sup>1</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional diferencia el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral así:

*“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”<sup>2</sup> (Subrayado fuera de texto)*

De lo expuesto, se puede decir que quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales, no ocurriendo lo mismo con quien está sujeto a las condiciones de un contrato de trabajo.

<sup>1</sup> “Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

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

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

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

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Sin embargo, si el interesado logra demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de las mencionadas prerrogativas laborales.

El Consejo de Estado ha dicho que son tres los elementos propios de una relación de trabajo, sin embargo, ha tenido mayor relevancia que se demuestre que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público:

*“De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.*

*La Sala ha hecho prevalecer entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.*

*Así, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohibaba la figura indemnizatoria como rescarcimiento de los derechos laborales conculcados.*

*(...)*

*Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.*

*Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que*

*acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso.*<sup>3</sup> (Subrayas fuera de texto)

Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia y, que desarrolló funciones propias de su cargo.

Así pues, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona natural y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, surge el derecho a que sea reconocida como tal, confiriéndole al contratista las prerrogativas de orden prestacional.

- **De las limitaciones legales del contrato de prestación de servicios:**

Se advierte que la normatividad ha señalado que para ostentar la calidad de empleado público, se deben cumplir unas formalidades señaladas en la ley, como lo es la designación válida a través de nombramiento o elección, y la posesión en el cargo, para ejercer las funciones que le fueron designadas en el empleo.

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, señaló que "(...), **en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.**

*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*" (resaltado fuera de texto).

Así mismo, el artículo 2 del Decreto 2503 de 1998 y el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, se refirieron a la noción de empleo y a las características del empleo público, no pudiendo celebrarse por parte de la administración, contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público.

- **Principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, artículo 53 de la Constitución Política.**

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P.: Gustavo Gómez Aranguren, sentencia de 4 de marzo de 2010. Radicado: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08).

Al respecto es de resaltar que el artículo 53 de la Carta Magna, opera en los casos en que el contrato de prestación de servicios haya sido instrumento para desdibujar la relación laboral con el estado, por tanto, al evidenciarse que se desdibujan las características del contrato de prestación de servicios, es factible la protección del derecho al trabajo y a las garantías laborales; sin que la denominación del contrato laborado sea impedimento para su amparo; tal situación puede pregonarse bien sea frente al estado o frente a un particular.

• **De la Sentencia de Unificación.**

El Consejo de Estado en providencia del 25 de agosto de 2016, Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del Proceso No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), en sentencia de unificación fijó las siguientes reglas dentro de las controversias referentes a la vinculación bajo la modalidad de prestación de servicios que concluyen en un contrato realidad, así:

*"(...) A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

*i) 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.*

*ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*

*iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

*iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*

*v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*

*vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto*

*administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*

*vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.*

*De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.*

*(...)"*

Así las cosas, atendiendo las reglas antes citadas y fijadas por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa, este Despacho analizará el caso bajo estudio; teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales citados en precedencia, para desvirtuar la naturaleza eminentemente contractual del contrato de prestación de servicios, se deben probar los elementos de la relación laboral, esto es:

1. Prestación personal del servicio
2. Retribución del servicio.
3. Continuada subordinación y dependencia.

#### **CASO CONCRETO:**

Se advierte que la actora solicitó ante la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría Distrital de Salud el 31 de octubre de 2014, el pago de salarios, prestaciones sociales y reintegro al cargo que desempeñaba en la entidad, bajo la modalidad de prestación de servicios (fls.6 a 15).

La entidad negó la solicitud de la demandante a través del oficio No. 2014EE113391 del 19 de diciembre de 2014 (fls.4-vto).

Ahora bien, pasa el Despacho a analizar cada elemento de la relación laboral de la actora con la entidad accionada, en observancia de las pruebas allegadas al plenario, así:

#### **i) Prestación personal del servicio:**

- Obra en el expediente documental de los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora con la entidad accionada, devengando honorarios, y prestando un

acompañamiento en campo a los servicios de salud oral prestando funciones de "gestión administrativa", finalizando las vigencias con los informes de gestión respectivos (Cuadernos 1 y 2), así:

Año	No.	Objeto	Valor mensual	Plazo meses	Fecha inicio	Fecha término	dependencia
2007	764	Apoyar a la Dirección de Desarrollo de Servicios – Análisis y Políticas de Servicios de Salud para realizar Acompañamiento en campo a la gestión operativa, organización y prestación de los servicios de salud oral SO en las Empresas Sociales del Estado de primer, segundo y tercer nivel de atención.	2.945.105	7 meses	8-oct-2007	7-may-2008	Fondo Financiero Distrital de Salud
2008	635	Prestar servicios Profesionales a la Dirección de Desarrollo de Servicios – Análisis y Políticas de Servicios de Salud para realizar Acompañamiento en campo a la gestión operativa, organización y prestación de los servicios de salud oral SO en busca de la modernización de redes de prestadores de servicios.	3.112.681	6 meses y 15 días Prorrogado por 1 mes (fl.234 C.1)	9-jun-2008	23-ene-2009	Fondo Financiero Distrital de Salud
2009	480	Prestar servicios Profesionales a la Dirección de Desarrollo de Servicios – Análisis y Políticas de Servicios de Salud para realizar Acompañamiento de los servicios de salud al fortalecimiento de esta red y al desarrollo de la política de salud oral en el DC	4.511.533	11 meses	1-Abr-2009	28-feb-2010	Fondo Financiero Distrital de Salud
2010	1171	Prestar servicios Profesionales para realizar acompañamiento	4.625.000	2 meses y 15 días	1-sep-2010	15-nov-2010	Fondo Financiero Distrital

		<i>a la gestión de los servicios de salud oral, al fortalecimiento de esta red y al desarrollo de la política de salud oral en el DC</i>					<i>de Salud</i>
2010	1549	<i>Prestar servicios Profesionales en la dirección de desarrollo de servicios de salud - análisis y políticas de servicios de salud para realizar el acompañamiento de los servicios de salud al fortalecimiento de esta red y al desarrollo de la política de salud oral en el DC.</i>	4.625.000	2 meses	3-ene-2011	2-mar-2011	Fondo Financiero Distrital de Salud
2011	405	<i>Prestar servicios Profesionales para el desarrollo de la política de salud oral en el DC y el fortalecimiento de la gestión de los servicios de salud oral en las ESE</i>	4.752.000	8 meses Prórroga por 3 meses y 13 días (fl.402 C.2)	17-mar-2011	16-nov-2011	Fondo Financiero Distrital de Salud

- A folios 148 a 194 del Cuaderno 1, obra informe de actividad dentro del contrato No. 764/07, en donde señala que visitó diferentes puntos, dentro de los cuales se encuentran hospitales, CAMIS, UPA de las diferentes localidades de la ciudad de Bogotá, analizando los puntos de atención de salud oral.

- A folios 237 a 300 del C.1 y 301 a 363 del C.2, obran los informes presentados dentro del contrato 635 de 2008, señalando los planes de mejoramiento de salud oral dentro las ESES que visitó la actora durante el término del contrato cumpliendo funciones de gestión administrativa en salud oral para las ESE.

- Los informes mensuales de actividades del contrato 1171 de 2010, obran a folios 369 a 380 C.2.; así como los del contratos No. 1549 de 2010, vistos a folios 387 a 397 C.2, No. 405 de 2011 (fls.409-461 y 466-522 C.2) y del No. 480 de 2009, vistos a folios 534 a 600 del C.2 y 601 a 683 C.3.

- Se avizora de la documental referida que el supervisor de todos los contratos era la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud a través de un Profesional Especializado Código 222 Grado 30.

De los contratos relacionados con antelación, este Despacho concluye que la prestación del servicio de la actora se prestó con una diferencia entre 1 y 6 meses de celebración, culminando el 16 de noviembre de 2011, conforme lo certificó la entidad el 22 de agosto de 2011, esto atendiendo la necesidad de continuar con el programa de mejoramiento en salud oral que inició la entidad, y que requería gestiones administrativas que llevaba a cabo la actora (fl.407).

Así mismo, se avizora que algunos de los contratos suscritos por la demandante con el Fondo Financiero Distrital de Salud, tienen objetos contractuales distintos, es decir que se evidencia que la señora Ramos Sánchez prestaba sus servicios de gestión administrativa, bajo las directrices requeridas en los contratos que celebrara con la entidad, cumpliendo los objetivos en búsqueda de establecerse por parte de la entidad el mejoramiento del servicio de salud oral en las ESE, sin que en todos se establecieran las mismas actividades, ni tampoco de manera permanente e ininterrumpida.

Se evidencia además, que la actora cumplía las actividades administrativas requeridas por la entidad, sin que existiera personal de planta o empleada pública, que ejerciera dichas tareas, encaminadas a mejorar las políticas de salud oral del Distrito, así lo señaló la señora Beatriz Helena Guerrero Africani, en su declaración rendida el 1 de febrero de 2017.

Además, es claro para este Despacho que la demandante se desplazaba por distintas entidades, cumpliendo con el objeto del contrato, realizando reuniones propias del objeto contractual y presentando mes a mes durante la ejecución de sus actividades, los informes respectivos, bajo la supervisión del personal de planta.

Así las cosas, este Despacho encuentra probada la prestación del servicio de la demandante con la entidad accionada, con la que cumplió con las actividades delimitadas en el objeto contractual, pues en efecto lo que se avizora es que la actora, completó un proceso de gestión administrativa, a lo largo de los contratos que celebró con la entidad, atendiendo distintos puntos en cada desarrollo del contrato, todos encaminados a establecer la política de mejoramiento en el servicio de salud oral en el Distrito Capital.

Es de resaltarse que con el plan de mejoramiento del servicio de salud oral se pretende por la entidad el cumplimiento de su misión, por la cual se hacía necesario la verificación del estado en que se encontraba la prestación del servicio oral en las diferentes instituciones, actividad que realizaba la demandante, sin que ello implique que ella realizara de forma directa funciones misionales de la entidad.

**ii) Continuada Subordinación y dependencia:**

- El 15 de diciembre de 2016 se recibieron los testimonios de las señoras Leila Sarith del Rocío Parra Flórez, Heidy Paola Páez Sánchez y del señor Holman Gabriel González Sánchez, declaraciones de las cuales se puede extraer lo siguiente:

La Señora Claudia Marcela Machado Acevedo (fls.847-854), manifestó en su declaración que la actora, desempeñó las obligaciones contractuales bajo los lineamientos de un supervisor; así mismo manifestó que en "ciertas ocasiones", debían justificar las razones de inasistencia; advirtió que el desplazamiento entre las ESES se hacía conforme al cronograma acordado con el supervisor; presentando de manera mensual los informes respectivos, y permaneciendo durante horarios de 7am a 5 o 6 de la tarde, desarrollando las funciones del contrato.

Señaló que el objeto contractual que desarrollaba la demandante, no lo realizaba ninguna persona de planta de la entidad.

Por su parte, la señora Johanna Eilen Clavijo Hernández adujo que los contratistas cumplían un horario de 7 am a 5 pm, realizando las distintas actividades que tenía, así como elaborando los informes que debía presentar; explicó que las actividades que la actora desempeñaba eran conforme las funciones establecidas en el contrato.

La señora Beatriz Helena Guerrero Africani, expresó que ejerció funciones de supervisora en algunos de los contratos desarrollados por la demandante (fls.853-854), manifestó que la actora contaba con autonomía para desarrollar el objeto del contrato y cumplía con las obligaciones que de manera clara se plasmaron en los contratos, quien no se hace presente de manera continua ni bajo horario en la Secretaría de Salud, sino que realizaba las visitas a las ESES y rendía informes; anotó que la actora celebró varios contratos con la entidad, sin que esta entregara los "*mismos productos*" en cada uno, sino que dependía de las obligaciones plasmadas en los contratos celebrados, lo cual se evidenciaba en los informes de las actividades realizadas y desempeñando las funciones que no tenía a cargo otra persona de planta dentro de la entidad.

De lo anterior, no se avizora que la demandante laboró cumpliendo un horario, pues se evidencia que dentro de las funciones de "gestión administrativa" que desempeñaba dentro de los contratos celebrados tenía que realizar visitas a distintas entidades, debiendo ingresar a ellas identificándose como enviada de la entidad y durante la jornada en las que prestaban sus servicios, sin que tal situación acarree el cumplimiento de un horario

impuesto por la entidad con la que se realizó el contrato; pues dichas visitas eran el fin último del contrato que suscribió la demandante.

Tampoco se demostró que la actora desempeñara sus funciones contractuales bajo una subordinación, sino que por el contrario la actora rendía informes de las labores realizadas y coordinaba junto con el supervisor del contrato, las diferentes visitas que realizaba a entidades de salud; lo cual no desdibuja la figura de la coordinación, ni conlleva a un elemento que permita esclarecer una subordinación de la actora con la entidad.

Por tanto, tampoco se encuentra demostrado este elemento.

### **iii) Retribución del servicio:**

En los Cuadernos 1 a 3, se advierten las copias de los Contratos de Prestación de Servicios celebrados por la actora con el Fondo Financiero Distrital de Salud, en los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, arriba enunciados, en donde se pactan los honorarios frente a cada contrato celebrado.

De lo señalado con antelación evidencia el Despacho que no se encuentran probados los tres elementos propios de la relación laboral, al vislumbrarse que la demandante desempeñó funciones de "*gestión administrativa*", establecidas en los contratos de prestación de servicios que celebró con la entidad, en aras de mejorar la prestación del servicio de salud oral en el Distrito Capital.

Quedó claro además, que la actora celebró los contratos, atendiendo la necesidad de la entidad para llevar a buen término el plan de mejoramiento en la prestación del servicio de salud oral, para lo cual requería profesionales en el área de salud oral (odontólogos), con los cuales no contaba dentro de su planta; y por un tiempo determinado, el cual era la ejecución y determinación de las pautas para establecerse las políticas de mejoramiento de la salud oral.

Además, la actora visitaba las entidades en las cuales desarrollaba su gestión atendiendo el horario de funcionamiento de las mismas, sin que tal situación sea muestra de un cumplimiento de una jornada laboral, sino que por el contrario, avizora que la actora cumplía con el fin del contrato celebrado con la entidad.

De otra parte, aclara el Despacho, que tampoco tiene vocación de prosperidad la solicitud

del apoderado de la actora, en donde de manera subsidiaria solicita el reintegro y pago de dineros dejados de cancelar a la demandante, en virtud de la supuesta relación laboral que ostentó con la entidad, a título de reparación del daño.

Lo anterior, por cuanto, en atención a la declaración de nulidad, el Despacho acoge lo señalado por la sentencia de unificación del Consejo de Estado, referida con antelación, en donde se establece que en casos donde se pretenda el reconocimiento de un contrato realidad entre la administración y la parte actora, el reconocimiento de la existencia de la relación laboral, se realiza a título de restablecimiento del derecho.

Sumado a lo expuesto, se advierte que la demandante solicita el reintegro en la planta de cargos de personal de la Secretaría Distrital de Salud de la Alcaldía de Bogotá, sin embargo, como se señaló no se comprobó que entre la actora y la entidad, existiera una relación laboral diferente a los contratos de prestación de servicios celebrados, así como tampoco se avizora que la misma ostentara la calidad de empleada pública, por cuanto conforme lo establecido por la Ley, se deben cumplir unos requisitos que concedan tal calidad, sin que esta los tuviere, razón por la cual también se negará dicha pretensión.

Por ende, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se denegarán las súplicas de la demanda.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte vencida en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cincuenta y Dos Administrativo de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda, según lo señalado en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Sin lugar a imponer condena en costas.

**TERCERO:** Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

0

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA  
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-
Hoy 24 de julio de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>43</u>
 ERVIN ROMERO OSUNA Secretario



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 11001-33-42-052-2016-00101-00  
Demandante: **Beatriz Helena Ávila Hernández**  
Demandado: **Nación – Senado de la República**  
Asunto: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia reintegro**

Se profiere sentencia de primera instancia dentro del medio de control instaurado por la señora Beatriz Helena Ávila Hernández contra la Nación - Senado de la República, en los siguientes términos:

**ANTECEDENTES**

La actora pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 708 del 17 de julio de 2015, por la cual el Senado de la República la declaró insubsistente en el cargo de Jefe Grado 10 de la División de Bienes y Servicios del Senado.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reintegre al cargo que ocupaba con efectividad a la fecha de separación o retiro; y se reconozca y pague los salarios, sueldos, primas y demás emolumentos desde la fecha del retiro hasta cuando sea efectivamente reintegrada; así mismo que se declare que no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados desde la fecha en que fue separada del cargo hasta aquella en que sea reintegrada.

Que se de cumplimiento a los artículos 192 y siguientes del CPACA.

**HECHOS**

La demandante fue postulada el 21 de enero de 2015, por los senadores de la República, al cargo de Jefe Grado 10 de la División de Bienes y Servicios de dicha corporación, nombrada a través de la Resolución No. 33 del 23 de enero de 2015.

Manifestó que la actora en desempeño de su trabajo encontró una serie de irregularidades, soportadas con documentales, que conllevo a que la misma interpusiera denuncia penal.

Sostuvo que lo anterior generó animadversión con la Directora General Administrativa del Senado de la República, señora Astrid Salamanca Rahin, desatando una persecución contra la actora.

A través de la Resolución No. 708 del 17 de julio de 2016, se declaró insubsistente a la actora.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Como normas violadas se mencionan los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 21, 25, 28, 39, 31, 34, 53, 83, 85, 90, 216, 218, 220, 228 y 230 de la Constitución Política; 2 y 36 del Código Contencioso Administrativo; Ley 5 de 1992 y numeral 5 del artículo 376, Reglamento Interno del Congreso.

Del escrito de demanda, se extrae que el apoderado de la actora, basó sus argumentos en los siguientes cargos:

- Desviación de poder:

Anotó que entre la actora y la Directora General Administrativa del Senado se creó una animadversión desatándose una persecución contra la actora, lo cual desencadenó en el retiro de la demandante.

Agregó que se configuró la desviación de poder por el uso irregular de la figura de insubsistencia, que está consagrada para el mejoramiento del servicio y no para *“que se concreten intenciones ocultas”*.

- Falsa motivación.

Manifestó que la entidad tenía la obligación de indicar las razones que llevaron a la expedición del acto de insubsistencia y demostrar como pretendía mejorar la prestación del servicio; sin embargo, el acto se limitó a argumentar que los senadores José David Name Cardozo, Jaime Durán Barrera y Teresita García Romero, en su condición de miembros de la Mesa Directiva del Senado de la República, mediante comunicación dirigida a la Dirección General Administrativa postularon a la señora Claudia Elena Rentería Olaciregui para ser nombrada en el cargo que ocupaba la demandante.

Señaló que 3 meses antes del retiro de la actora, el 28 de abril de 2015, los referidos senados remitieron una comunicación a la Directora postulando en la señora Claudia Elena

Rentería Olaciregui en el cargo de Jefe de División de Bienes y Servicios del Senado; los cuales consideró dejaron en suspenso la postulación al señalar que remitían la hoja de vida *"para ser postulada"*.

Añadió que si en gracia de discusión se aceptara que los senadores postularon a una persona para dicho cargo, tal documento para el 28 de abril de 2015, no aparece firmado por la senadora Teresita García Romero.

Resaltó que también debía postularse a la actora para el retiro o remoción del cargo que ocupaba, conforme lo establece el numeral 5 del artículo 376 de la Ley 5 de 1992, lo cual no ocurrió configurándose una nulidad insaneable al ser un acto preparatorio al de insubsistencia.

Anotó que la actora prestaba un servicio eficaz y eficiente y la señora Claudia Elena Rentería Olaciregui, quien remplazó a la demandante, no posee las mismas condiciones profesionales de la anterior, resultando desmejorado el servicio.

#### CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD

La entidad accionada contestó en término oponiéndose a las pretensiones de la demanda, señalando que la entidad actuó conforme a la Ley 5 de 1992, a través del cual se consagran facultades precisas al Director General Administrativo del Senado para expedir, resoluciones de nombramiento, promoción y remoción de personal de planta de libre nombramiento y remoción, entre otros.

Anotó que conforme lo establece el reglamento del Congreso, la mesa directiva realizó la postulación del cargo de jefe de división de bienes y servicios del Senado de la República, a través del oficio del 28 de abril de 2015, razón por la cual la Directora General del Senado, procedió a darle cumplimiento, con el fin de no incurrir en desacato conforme lo señala el artículo 376 de la Ley 5 de 1992.

Por lo anterior, se procedió a proferir la Resolución No. 708 del 17 de julio de 2015, que retiró del cargo a la actora, quien ocupaba el cargo de Jefe grado 10 de la División de Bienes y Servicios del Senado de la República, el cual es de libre nombramiento y remoción.

Consideró que no aparece demostrado que existiera animadversión o persecución por parte de la Directora General Administrativa del Senado de la República contra la demandante, lo cual debe quedar acreditado fehacientemente. Añadió que en la hoja de vida de la actora

no existe documento que permita probar lo alegado en la demanda, además que la remoción del cargo no es discrecionalidad de la Directora sino se ciñe a las normas consagradas en la Ley 5 de 1992.

Anotó que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es procedente de forma inmotivada sin procedimientos o condiciones y goza de presunción de legalidad, razón por la cual considera que el hecho de no indicar las razones del servicio que llevaron a la expedición del acto acusado, no genera causal de nulidad.

Manifestó que la señora Claudia Rentería fue postulada para el mismo cargo que desempeñaba la demandante, por tanto, atendiendo que dos personas no pueden atender el mismo cargo, la postulación de la señora Rentería supone la remoción del nombramiento de la señora Ávila Hernández.

Por último consideró que la señora Claudia Rentería reúne los requisitos establecidos para el cargo en la Resolución No. 08 de 2011, expedida por la Mesa Directiva, mediante la cual se adoptó el manual de funciones y requisitos de los funcionarios del Senado, quedando en carga de la actora demostrar que efectivamente con su remplazó se deterioró el servicio.

Propuso la excepción de inepta demanda, la cual fue estudiada en la audiencia inicial celebrada el 17 de enero de 2017 (fls.137-141), en donde se señaló que a folio 93, se describen tanto el concepto de violación así como los hechos materia de demanda, permitiéndole a esta judicatura estudiar la legalidad de las actuaciones de la demanda.

### **TRÁMITE PROCESAL**

Por providencia del 9 de junio de 2016, se admitió la demanda (fls.106-108).

El 17 de enero de 2017 (fls.137-141), se llevó a cabo audiencia inicial, sin que se presentaran vicios de nulidad, decretando pruebas documentales y testimoniales y fijándose el litigio en establecer lo siguiente:

- ¿Le asiste derecho a la parte accionante a que sea reintegrada al cargo de Jefe Grado 10 de la División Bienes y Servicios que ocupaba en el Senado de la República y al pago de los respectivos dineros dejados de percibir, así como a la declaración que no ha existido solución de continuidad?.

El 1 de febrero y el 15 de febrero de 2017, se recibieron los testimonios decretados y se puso en conocimiento de las partes la documental visible en el cuaderno 2 del expediente (fls.159-164 y 181-183).

Por providencia del 17 de mayo de 2017, se corrió traslado a las partes (fls.193-194).

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Corrido el término de alegar de conclusión por providencia del 17 de mayo de 2017 (fls.193-194), las partes señalaron lo siguiente:

El apoderado de la entidad accionada, reiteró los planteamientos esgrimidos en la contestación y agregó que la mesa directiva cuenta con la facultad nominadora de definir el nombre de la persona que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción; distinto a la dirección administrativa, la cual desempeña una labor de apoyo, de verificación de requisitos y formalización, sin que sea la directora administrativa quien tome la determinación o escoja la persona para ocupar el empleo de libre nombramiento y remoción, quien no tiene permitido apartarse de las solicitudes de la mesa directiva.

Advirtió que de la documentales arrimadas al plenario no se desprende que los motivos de la insubsistencia de la actora, hayan sido originados por la eventual animadversión existente entre la Directora General Administrativa del Senado de la República y la actora, pues se evidencia que entre la postulación de la nueva persona y el retiro de la demandante transcurrieron más de 3 meses, pudiendo haberse ejecutado de manera inmediata (fls.197-208).

Frente al argumento de la actora que el oficio del 28 de abril de 2015, fue suscrito tan solo por dos integrantes de la mesa directiva, señaló que la comunicación fue emanada de la Mesa Directiva con destino a la Directora General Administrativa del Senado, sin que se pueda considerar que dicha comunicación proviene de senadores considerados particularmente, ya que los firmantes son el Presidente y la Vicepresidente, además a folio 129, arrimó la referida comunicación en la cual se consignó la firma de la senadora Teresita García, la cual declaró dentro de la etapa probatoria que en efecto era su firma, resultando válida la postulación de la señora Rentería Olaciregui.

Por lo anterior, solicitó que se despachen desfavorablemente las súplicas de la demanda.

El apoderado de la parte actora alegó de conclusión (fls.209-213), reiterando los planteamientos expuestos en la demanda, además resaltó que en el testimonio rendido por

la senadora Teresita García, la misma adujo *“desconocer los pormenores y el procedimiento de retiro y nombramiento de las funcionarias, situación que nos ratifica la informalidad y poca rigurosidad en la toma de tales decisiones, obviamente sin el lleno de los requisitos legales”*.

### CONSIDERACIONES

Pasa el Despacho a analizar el derecho que le pueda asistir a la actora que se declare la nulidad de la Resolución No. 708 del 17 de julio de 2015, por la cual se declaró insubsistente a la actora, y por ende se ordene el reintegro y el pago de dineros dejados de percibir.

### ACERVO PROBATORIO.

Obran las siguientes documentales dentro del plenario:

- El 28 de enero de 2015, la División de Recursos Humanos del Senado de la República le informó a la actora el nombramiento realizado en el cargo de Jefe Grado 10 de la División de Bienes y Servicios, quien aceptó y tomó posesión del cargo el 29 del mismo mes y año (fls.15-20).
- A folios 5 y 6 obra copia de la Resolución No. 708 del 17 de julio de 2015, por la cual el Senado de la República declaró insubsistente a la señora Beatriz Helena Ávila Hernández, en el cargo de Jefe Grado 10 de la División de Bienes y Servicios, comunicado a la actora a través de oficio del 17 de julio de 2015 (fl.22).
- Escrito del 21 de julio de 2015, a través del cual la actora solicita al Senado de la República que se revoque la resolución de insubsistencia proferida (fls.8-vto).
- Acción de tutela interpuesta por la demandante contra la Mesa Directiva, la Dirección General y la Secretaría General de Senado de la República, por la declaración de insubsistencia al cargo que ocupaba (fls.27-34).
- Sentencia del 28 de octubre de 2015, del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, por la cual se declaró improcedente la acción interpuesta (fls.35-43).
- Documental que demuestra las gestiones realizadas por la actora, en el desempeño de su cargo (fls.62-89).

## MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

En el presente caso, se advierte que en la demanda se imputan como cargos de nulidad del acto acusado: *i)* La desviación de poder en razón del buen servicio y *ii)* La falsa motivación por expedición irregular del acto; por lo que se estudiarán las normas aplicables a la actora en el cargo que ocupaba de libre nombramiento y remoción en el Senado de la República, y la jurisprudencia aplicable a la desviación de poder y la falsa motivación del acto acusado.

- **De los empleados de libre nombramiento y remoción:**

La Ley 5 de 1992 "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes", en su artículo 384, señaló que los Jefes de División del Senado y de la Cámara, son empleados de libre nombramiento y remoción, como se lee:

**"ARTÍCULO 384. PRINCIPIOS QUE REGULAN.** Los servicios administrativos y técnicos del Senado de la República y de la Cámara de Representantes que por medio de esta Ley se establecen, se fundamentan en los siguientes principios:

1. Los funcionarios al servicio de las Corporaciones, se denominan empleados de la Rama Legislativa del Poder Público.

2. Por el origen de su nombramiento, los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público se clasifican de la siguiente manera:

a) De elección. Secretarios Generales, Subsecretarios Generales, Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales y los Coordinadores de las Comisiones legales de ambas Cámaras y el Director General del Senado de la República.

b) De libre nombramiento y remoción. Director Administrativo de la Cámara de Representantes, Jefes de División y Jefes de Oficina del Senado y la Cámara, Secretarios Privados, Profesionales Universitarios, Secretarías Ejecutivas y Conductores de las Presidencias y Vicepresidencias de ambas Cámaras; la Secretaría Ejecutiva, los Conductores, el Profesional II y el Asistente Administrativo de la Secretaría General de ambas Cámaras; el Profesional Universitario, y el conductor del Director General del Senado; conductores de las Comisiones Constitucionales y Legales de ambas Cámaras; el Asistente de Control de Cuentas de la Cámara, los Coordinadores de las Comisiones de Ética de ambas Cámaras y de Derechos Humanos y Audiencias, y de la Comisión adscrita a organismos Nacionales e Internacionales del Senado. Así mismo, los empleados de la Unidad de trabajo Legislativo de que trata la presente Ley;

c) De carrera administrativa. Los demás cargos o empleos no contemplados en los literales anteriores.

3. La función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y, en general, conforme lo establece el artículo 209 de la Constitución Nacional.

**PARÁGRAFO.** Mientras se expiden las normas sobre carrera administrativa de la Rama Legislativa, se aplicarán las normas generales de Carrera Administrativa que rigen para la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo que sean compatibles." (Negrilla extra texto)

Ahora bien, 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", reguló lo concerniente al retiro de los empleados señalando que la desvinculación en un cargo de libre nombramiento y remoción se produce por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

La norma señala además, que la competencia para tal remoción es discrecional y por tanto no requiere ser motivado el acto<sup>1</sup>; respecto de la inmotivación del acto que declara la insubsistencia del nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción ha dicho el Consejo de Estado:

*"Así mismo, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado."*<sup>2</sup>

*No obstante, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y "opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia"*<sup>3</sup>.

*Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables al asunto por remisión de los artículos 168 y 267 del C.C.A."*<sup>4</sup>

Sin embargo, el hecho que la insubsistencia sea un acto inmotivado no conlleva a que la facultad con la que cuenta el nominador para la desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción sea absoluta, sino que la misma es relativa, quedando obligada la administración a motivar los actos de insubsistencia en aquellos casos en los que el servidor público de libre nombramiento y remoción, reúna los requisitos para pertenecer al retén social, como padre y madre cabeza de familia, persona discapacitada, persona pre-pensionada, o sea una mujer embarazada; casos en los cuales si bien la estabilidad laboral de estos funcionarios es precaria, se debe motivar el acto al estar investidos de fuero de estabilidad laboral reforzada.

<sup>1</sup> Ley 909 de 2004. Art. 41. "Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...) Parágrafo 2º. (...)

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

<sup>2</sup> Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fejardo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

<sup>3</sup> DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de treinta (30) de marzo de dos mil once (2011). C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad: 76001-23-31-000-2002-04308-01(2014-10).

La situación de los empleados de libre nombramiento y remoción, ha sido materia de estudio por parte de la Corte Constitucional, quien ha manifestado que en esos casos, la discrecionalidad del nominador es más amplia y su desvinculación se ha establecido como excepción al deber de motivación del acto administrativo; como se lee<sup>5</sup>:

***“6.4 En el caso de empleados de libre nombramiento y remoción, la discrecionalidad del nominador es más amplia, y su desvinculación se ha establecido como excepción al deber de motivación del acto administrativo. En efecto, como ha señalado esta Corte, “la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (...) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”***

*En tales términos, la normatividad y la jurisprudencia relativa a la función pública ha establecido que los empleados que desempeñan funciones de dirección o manejo de políticas (ley 909 de 2004, artículo 5º, literal a), confianza o confidencialidad (ley 909 de 2004, artículo 5º, literal b), manejo de recursos públicos o del tesoro (ley 909 de 2004, artículo 5º, literal c), seguridad personal (ley 909 de 2004, artículo 5º, literal d), entre otras, corresponden a cargos de libre nombramiento y remoción, por lo que, para su desvinculación no se requiere motivación por parte del nominador. De manera que, la estabilidad laboral de estos empleados es precaria o restringida, debido a que la ley faculta a sus nominadores para removerlos con mayor libertad en razón a las especiales actividades que desarrollan, las que los pone en estrecha relación con su nominador, siempre y cuando se respete lo que a continuación explica la Corte:*

*6.4.1 En efecto, se debe recordar que la discrecionalidad con que cuenta el nominador para la desvinculación de estos empleados no es absoluta, sino que sigue siendo relativa, porque de lo contrario se podría incurrir en un acto arbitrario que vulneraría los postulados del Estado de Derecho. Esto, pues si bien la ley faculta al nominador con una amplia liberalidad para remover al servidor, que en efecto es la más amplia dentro de la función pública, lo cierto es que esta decisión sigue sujeta al respeto de la Constitución y la ley que regula la actuación de la administración. Dicho de forma concisa, **en el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, el nominador cuenta con una discrecionalidad más amplia para su desvinculación (que en todo caso sigue siendo relativa), la que conlleva a que la estabilidad de estos servidores en su empleo sea precaria.***

*6.4.2 Para precisar el anterior argumento, debe recordarse que pese a la posibilidad de desvinculación discrecional del empleado, éste tiene derecho a conocer las razones de su desvinculación. Si bien un funcionario de libre nombramiento y remoción puede ser removido a través de un acto inmotivado, para garantizar el respeto del debido proceso y del principio de publicidad del acto administrativo, la ley (artículo 26 del decreto-ley 2400 de 1968) exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público, los hechos y las razones que causan la declaratoria de la insubsistencia. Con este requerimiento, se evita la arbitrariedad de la decisión, y la hace objeto de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, anulable por las causales previstas en el código administrativo y de lo contencioso administrativo.*

*6.4.3 Junto con las anteriores consideraciones, la Corte ha aceptado que aun cuando una persona se encuentre en uno de estos cargos y su estabilidad laboral sea precaria, en el evento de ser parte de un grupo de especial protección constitucional, debe ser tratada de manera diferente -a la luz de la Constitución-. Así las cosas, la jurisprudencia ha determinado que se debe cumplir con el requisito de motivación del acto de desvinculación de servidores públicos, en aquellos casos en los que se esté en presencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción que reúna los requisitos para pertenecer al retén social, como padres y madres cabeza de familia, personas discapacitadas, personas pre-pensionadas o cuando se esté en presencia de una mujer embarazada.*

*6.4.4 En este tema en particular, la Corte ha explicado que la referida protección que estableció inicialmente la figura del retén social, se fundamenta en una garantía de origen supralegal, la que se deriva no solo del artículo 13 constitucional que prescribe la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino también de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores que establecen un trato especial compensatorio a las*

<sup>5</sup> Sentencia de Tutela, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, 17 de octubre de 2013, proceso No. T-716/13.

situaciones de trabajo a través de garantías constitucionales, amparo que se activa en el momento en que los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional puedan verse afectados.

6.4.5 En efecto, la Corte ha advertido que los sujetos de especial protección constitucional están investidas de un fuero de estabilidad laboral reforzada que exige en el caso de la administración oficial, la motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción. En este tema, la jurisprudencia ha sido cuidadosa al señalar que lo anterior no significa de ninguna manera, que no se pueda ejercer la facultad para el retiro de los servidores que ejercen los empleos en los que el nominador cuenta con mayor discrecionalidad para realizar el despido, sino que, en el caso especial de los sujetos que están investidos de especial protección constitucional, dicha discrecionalidad, debe acompañarse con las especiales consideraciones que envuelve la situación del sujeto de la medida administrativa. Razones las anteriores, por las que su potestad de remoción no puede acudir simplemente a argumentos genéricos y difusos acerca de la justificación de la decisión, pues esta debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares, (iii) cierta y (iv) concurrente al acto que origina el despido.

*Estas exigencias pretenden armonizar la garantía de los derechos de los titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada con los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad de la función administrativa, lo que adquiere mayor sentido si se recaba en el carácter excepcional del empleo de libre nombramiento y remoción, que debe observar el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales en el marco de los cuales se sitúa el trabajo." (Negrilla y Subraya extra texto)*

Así las cosas, del anterior pronunciamiento se desprende que en el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, su situación es precaria y la facultad discrecional del nominador para su desvinculación es más amplia, debiendo motivar el acto, solo en aquellos casos en los que el empleado esté inmerso de situaciones de reten social, que lo encajen como persona de especial protección constitucional.

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional ha manifestado que la posibilidad de desvincular a un empleado de libre nombramiento y remoción, es garantizar la confianza, confidencialidad, seguridad y el conocimiento personal de la función de dirección entre otros objetivos, ya que estos empleados requieren la plena confianza del nominador, lo cual es la esencia de dichos cargos. Así lo señala el Alto Tribunal Constitucional, como se observa:

*"6.1.1.5. Ahora bien, la discrecionalidad con que cuenta el nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción no puede ser entendida con un carácter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho. Por el contrario, la discrecionalidad relativa no está emparejada con la subjetividad del funcionario nominador sino que tiene relación con las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que puede darse con la toma de la decisión;<sup>6</sup> así las cosas, en principio, los actos de desvinculación de las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación y facultan al nominador a remover libremente a quienes lo ocupan<sup>7</sup>. La misma jurisprudencia constitucional "(...) indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador"<sup>8</sup>. Por tal razón, la finalidad que se busca con dicha permisión de remover libremente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción no es otra que garantizar la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección, entre otros objetivos, que supone el ejercicio de un cargo de este tipo consagrado expresamente en la Constitución.<sup>9</sup><sup>10</sup>*

<sup>6</sup> Sentencia C-734 de 2000.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Art. 125 constitucional.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-448 de 26 de mayo de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. Ref: Expediente T-2.176.281

De lo anterior se desprende, que si bien el acto de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, ello no implica que se desconozcan las calidades de la persona que lo ocupa, así como su idoneidad y experiencia, sin embargo las razones ajenas que la administración pudo tener para su decisión debe ser probada por el actor.

- **Frente a la desviación de poder:**

El Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 2012, Magistrada Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro del proceso No.2002-12596-01(1752-09), anotó que se avizora la desviación de poder cuando el acto que se expida no se profiere en aras de mejorar el servicio, sino que por el contrario, la actuación de la administración se encaja en unos fines distintos, lo cual debe ser probado de manera fidedigna por parte de quien lo alega:

***“Desviación de Poder***

*La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.*

***Existe desviación de poder cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, es decir, cuando con la decisión no se busca el mejoramiento del servicio público.***

*Esta subsección en pronunciamiento de 26 de marzo de 2009, radicado 0312-2008, actor John Alexander Hernández Villamarín, Consejero Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve, frente a la desviación de poder concluyó lo siguiente:*

***“El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público.***

***Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder.***

***De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad.***

***Ciertamente, se ha dicho, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.”.***

*En este orden de ideas, es necesario que quien alega esta causal demuestre en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.”*

Así las cosas, se advierte que la desviación de poder que alega el apoderado de la demandante debe ser probada de manera ***“irrefutable y fidedigna”*** observándose de manera clara que la actuación de la administración contraria a los fines perseguidos por la ley.

Se debe señalar que radica en cabeza de la parte actora la carga probatoria de demostrar la ilegalidad del acto, como lo ha dicho el H. Consejo de Estado<sup>11</sup>:

*"La carga de la prueba es "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos" Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento."*

### CASO CONCRETO:

Se advierte que el actor pretende la nulidad de la Resolución No. 708 del 17 de julio de 2015, por la cual el Senado de la República declaró insubsistente a la actora, en el cargo de libre nombramiento y remoción que ocupaba como Jefe Grado 10 de la División de Bienes y Servicios del Senado de la República.

El Despacho analizará los cargos endilgados en contra del acto acusado, conforme los argumentos expuestos en la demanda.

- Frente a la desviación de poder:

Anota el apoderado de la parte actora, que se configura la *"desviación de poder por el uso irregular de la figura de la insubsistencia que está consagrada para el mejoramiento del servicio y no para que se concreten intenciones ocultas"*, así mismo afirma que la entidad tenía la obligación de indicar las razones de servicio que llevaron a declarar la insubsistencia de la demandante y en qué sentido se mejoraba.

Sumado a lo anterior, advierte el profesional del derecho, que el acto se profirió por una animadversión entre la Directora General Administrativa del Senado de la República y la señora Beatriz Helena Ávila Hernández, quien *"desató una persecución"* contra la actora, lo cual arrojó finalmente la insubsistencia de esta.

Al respecto, cabe indicar que conforme la jurisprudencia y la normatividad señalada con antelación, se establece que frente a los empleados de libre nombramiento y remoción la administración cuenta con una facultad discrecional más amplia, para su desvinculación sin

<sup>11</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo-, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 18006.

que deba motivar el acto de insubsistencia, situación distinta ocurre en caso que la persona desvinculada reúna los requisitos de especial protección constitucional.

Sin embargo, la actora no demostró que reúna los requisitos para pertenecer al retén social, como padre y madre cabeza de familia, persona discapacitada, persona pre-pensionada, o sea una mujer embarazada que endilgara a la entidad la responsabilidad de motivar el acto.

De lo anterior, no se advierte que el hecho que la entidad no motivara el acto de insubsistencia, ni señalara de que forma se mejoraría el servicio con la desvinculación de la actora, conlleve a una desviación de poder por parte de la entidad, o avizore un desmejoramiento del servicio, que permita declarar la legalidad del acto acusado.

De otra parte, se advierte que la desviación de poder, debe ser probada de manera fidedigna por quien lo alega; sin embargo, del *Sub lite*, no se demostró que el acto acusado se haya expedido debido a una animadversión entre la Directora General Administrativa del Senado de la República y la señora Beatriz Helena Ávila Hernández, como lo afirma la parte actora; puesto que del acervo probatorio se estableció lo siguiente:

El 1 de febrero de 2017, se recibió el testimonio del señor Carlos Eduardo Pereira Salazar quien manifestó que entre la Directora General del Senado de la República, en efecto se presentaron algunas diferencias laborales, sin embargo, señala que no le consta las razones y manifiesta que dichas animadversiones no desencadenaron en algún altercado.

El mismo día se recibió la declaración del señor Carlos José Espeleta Salazar, quien señaló que en efecto se presentaba una diferencia entre la demandante y la referida Directora, sin embargo, anotó que directamente no escuchó nada por parte de la Doctora Astrid, quien se desempeñaba como Directora de la Directora General del Senado de la República, así mismo manifestó que las personas que ocuparon el cargo de Jefes de la División de Bienes y Servicios del Senado de la República no contaban con un tiempo específico de permanencia en el cargo.

Así las cosas, de los testimonios referidos, no se concluye que el acto de insubsistencia tuviera un nexo causal entre la relación de la Directora General del Senado de la República y la demandante, que permitan dilucidar que el acto demandado se haya expedido con unos fines distintos a los del mejoramiento del servicio.

Frente al argumento del actor que la Directora General del Senado de la República, declaró la insubsistencia de la demandante, por la enemistad presentada entre estas, se advierte lo siguiente:

El numeral 5 del artículo 376 de la Ley 5 de 1992, "*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*", señaló que son funciones del Director General, nombrar, promover y remover al personal de planta de libre nombramiento y remoción, previo solicitud y postulación de la Mesa Directiva del Senado, como se lee:

*"ARTÍCULO 376. DIRECTOR GENERAL- FUNCIONES. Son funciones del Director General:*

*1. Proponer a la Comisión de Administración los planes y programas generales que deba cumplir y proyectar la Dirección en cumplimiento de sus objetivos.*

*2. Dirigir, coordinar y vigilar la ejecución de los planes y programas aprobados por la Comisión de Administración.*

*3. Proferir las resoluciones y demás actos administrativos, celebrar los contratos y ordenar los gastos, conforme a las disposiciones legales.*

*4. Proponer a la Comisión de Administración las funciones de los Comités de Trabajo, así como los procedimientos que se requieran para el cumplimiento de los planes y programas.*

*5. Nombrar, promover y remover, de conformidad con las disposiciones legales, a solicitud y por postulación de la Mesa Directiva del Senado y de los Parlamentarios, en los casos de los empleados de su unidad de trabajo legislativo, al personal de planta de libre nombramiento y remoción. Las Mesas Directivas de las Comisiones postularán los candidatos para el cargo de Asistente Administrativo de Comisión y Conductores de las Comisiones Constitucionales.*

*El desacato a estas solicitudes será considerado como causal de mala conducta que se sancionará con la remoción de su cargo por la Plenaria del Senado.*

*Se exceptúan los casos en que el candidato no reúna los requisitos exigidos.*

*6. Nombrar, promover y remover funcionarios de los cargos de Carrera Administrativa, previo el lleno de los requisitos, evaluaciones, concursos y demás procedimientos establecidos para la Carrera Administrativa de la Rama Legislativa.*

*7. Elaborar y presentar para la aprobación de la Comisión de Administración el proyecto sobre Presupuesto del Senado.*

*(...)" (Negrilla extra texto)*

Ahora bien, en el presente caso se advierte que la Mesa Directiva del Senado elegida para el primer semestre del año 2015<sup>12</sup>, postuló al cargo de Jefe de División de Bienes y Servicios del Senado de la República a la señora Claudia Rentería a través del escrito del 28 de abril de 2015 (fl.129), razón por la cual, al revisar los requisitos exigidos para el cargo, la Directora General, debía nombrar a la personas propuesta por la Mesa Directiva; o de lo contrario, encaja dentro de un desacato considerado como causal de mala conducta que generaría sanción, evidenciándose que la Directora General actuó de conformidad con las funciones propias del cargo, conforme lo ordena la Ley.

<sup>12</sup> Ley 5 de 1992. "ARTÍCULO 40. COMPOSICIÓN, PERÍODO Y NO REELECCIÓN. La Mesa Directiva de cada Cámara se compondrá de un Presidente y dos Vicepresidentes, elegidos separadamente para un período de un año y a partir del 20 de julio.

Las Minorías tendrán participación en las Primeras Vicepresidencias de las Mesas Directivas de Senado y Cámara, a través del partido o movimiento mayoritario entre las minorías.

Ningún Congresista podrá ser reeligido en la respectiva Mesa Directiva dentro del mismo cuatrienio constitucional.

Las Mesas Directivas de las Cámaras, y de sus Comisiones, serán renovadas cada año, para la legislatura que se inicia el 20 de julio, y ninguno de sus miembros podrá ser reeligido dentro del mismo cuatrienio constitucional".

Por ende, no se encuentra probado el cargo alegado, atendiendo que: *i)* el acto de insubsistencia de la actora en el cargo de libre nombramiento y remoción que ocupaba, no tenía que ser motivado, por cuanto la misma no demostró que reuniera los requisitos para pertenecer al retén social, como padre y madre cabeza de familia, persona discapacitada, persona pre-pensionada o mujer embarazada; que la encajara dentro de una situación de especial protección; *ii)* no se avizora de manera fidedigna, que el acto de insubsistencia expedido por la Directora del Senado de la República en cumplimiento de una postulación realizada por la mesa directiva de dicho organismo, haya sido el resultado de una “persecución” de la Directora en contra de la actora o por razones distintas al mejoramiento del servicio, que evidencie una desviación de poder que permita declarar la nulidad del acto acusado y; *iii)* Se evidencia que la Directora General actuó, dando cumplimiento a las funciones designadas por la Ley acatando la postulación que realizó la Mesa Directiva del Senado de la República, previo análisis del cumplimiento de los requisitos, lo cual en caso de no cumplirlos debía poner en conocimiento de la Mesa Directiva, lo cual no ocurrió en el presente caso y tampoco constituye materia de estudio.

- Frente a la falsa motivación por expedición irregular del acto:

Alega el apoderado de la parte actora que el acto por el cual la Mesa Directiva del Senado de la República, postuló a la señora Rentería en el cargo que ocupaba la demandante, no fue firmado por la totalidad de sus integrantes.

Añadió que la Mesa Directiva debía solicitar y postular el retiro de la señora Beatriz Helena Ávila Hernández, lo cual a su juicio no realizó lo que conlleva a la nulidad del acto acusado.

- Al respecto se tiene que el 15 de febrero de 2017 se recibió el testimonio de la Senadora Teresita García Romero, quien sostuvo que no recordaba con precisión a la demandante, ni a la señora que se nombró con posterioridad en el cargo de Jefe de la División de Bienes y Servicios del Senado de la República; sostuvo que toda la mesa directiva firmaba los retiros y los nombramientos que se realizaban, y sin esta situación la Directora Administrativa no podía ejecutar las actuaciones; así mismo aclaró que la firma obrante en el escrito visto a folio 129, por el cual se postuló a la señora Claudia Rentería al cargo de Jefe de División de Bienes y Servicios del Senado de la República, en efecto es de su puño y letra, ratificando que la firma contenida en dicho memorial fue suscrita por ella.

Anotó que la Directora Administrativa de manera inmediata debe cumplir lo señalado por la mesa directiva, lo cual sólo se incumple en caso que la postulada no llene los requisitos

respectivos, debiendo manifestar a la mesa directiva la imposibilidad de llevar a cabo lo ordenado.

- A folio 129, obra el escrito del 28 de abril de 2015, por el cual la mesa directiva postuló al cargo de Jefe de División de Bienes y Servicios del Senado de la República a la señora Claudia Rentería.

Así las cosas, se avizora que en efecto la Mesa Directiva del Senado de la República, conformada por 3 senadores, postuló a través de oficio del 28 de abril de 2015 a la señora Claudia Elena Rentería Olaciregui, para ocupar el cargo de Jefe de División de Bienes y Servicios de dicha corporación; cargo que ocupaba la demandante.

Por lo tanto, se evidencia que la postulación de una nueva empleada, en el cargo de libre nombramiento y remoción, que ocupaba en ese momento la demandante, conlleva a la insubsistencia inmediata de quien desempeñaba el cargo.

Cabe recordar que conforme lo establece la jurisprudencia referida en acápites anteriores, la estabilidad laboral de los empleados de libre nombramiento y remoción, es "*precaria o restringida*", debido a que se faculta a sus nominadores para removerlos con mayor libertad.

Advierte el Despacho además, que en el cuaderno 2 obra copia de la hoja de vida de la señora Claudia Elena Rentería Olaciregui, la cual no es materia de discusión dentro del plenario, por cuanto se concluye que la Directora Administrativa del Senado de la República la designó en el cargo que ocupaba la demandante, previa postulación de la Mesa Directiva y revisión de los requisitos propios del cargo, siendo deber de dicha dirección poner en conocimiento de la Mesa Directiva, en caso que no se cumpliera con lo exigido por la Ley, para ocupar el cargo.

En esa medida, se concluye que las pruebas allegadas al plenario no desvirtúan la legalidad del acto acusado, por cuanto no se evidenció que La Nación - Senado de la República haya actuado contra la Ley al declarar la insubsistencia de la actora, en el cargo de libre nombramiento y remoción que esta ocupaba, como Jefe Grado 10 de la División de Bienes y Servicios, atendiendo: *i)* que la señora Beatriz Helena Ávila Hernández, no demostró que cumpla los requisitos para ser una persona de especial protección constitucional; *ii)* no se demostró que la actuación de la administración haya sido contrario al mejoramiento del servicio que permita advertir una desviación de poder o una falsa motivación del acto acusado; esto en consideración a que la Directora Administrativa de la corporación, tiene a su cargo revisar el cumplimiento de los requisitos dentro de la hoja de vida de la persona designada en

el cargo que ocupaba la demandante, razón por la cual fue nombrada como se avizora a folios 168 y 169 del cuaderno 2.

Por ende, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se denegarán las súplicas de la demanda.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 171 del CCA. Normatividad de la cual puede inferirse que no es imperativa, como quiera que ella implica siempre una valoración subjetiva de la conducta observada por la parte vencida durante el curso del proceso. Es decir, que el Juez debe evaluar si hubo temeridad, dolo o mala fe, o si su actuación no se ajustó a derecho, lo cual no se observa en el presente caso y, por lo mismo, no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

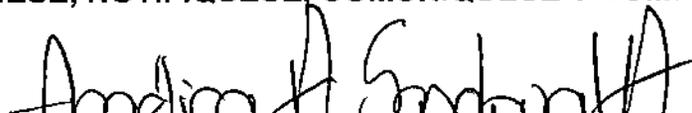
### RESUELVE

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda, según lo señalado en la parte motiva de este proveído.

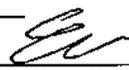
**SEGUNDO:** Sin lugar a imponer condena en costas.

**TERCERO:** Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA  
Juez

TL

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 24 de julio de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>43</u></p> <p> ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>
--