



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 110013342-052-2018-00037-00
Demandante: JORGE ALBERTO BARROS ROCA
Demandado: NACIÓN –PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia de primera instancia –Reintegro

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Jorge Alberto Barros Roca en contra de la Nación –Procuraduría General de la Nación.

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, el señor Jorge Alberto Barros Roca, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 3104 del 1º de junio de 2017, mediante el cual la Procuraduría General de la Nación hizo un nombramiento y termina la vinculación en provisionalidad del actor.

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 3518 del 9 de junio de 2017, mediante el cual se dio por terminada la vinculación en provisionalidad del actor.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación –Procuraduría General de la Nación:

Reintegrar al demandante al cargo de Asesor Código 1AS Grado 19 o a uno equivalente.

Reconocer y pagar a favor del demandante todos los sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de cancelar desde el retiro hasta que se haga efectivo el reintegro.

Declarar que no hubo solución de continuidad en el servicio prestado ante la Procuraduría General de la Nación.

En caso de no accederse al reintegro pretendido ordenar el pago a título de indemnización, los daños y perjuicios ocasionados, equivalentes a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta que se cumpla la sentencia del presente asunto.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 40-43):

Mediante el Decreto 1551 del 18 de abril de 2012, la Procuraduría General de la Nación nombró en provisionalidad al señor Barros en el cargo de Asesor, código 1AS, grado 19 de la Dirección de Investigaciones Especiales con funciones en la Oficina de Control Interno.

Previo al nombramiento el actor acreditó los siguientes requisitos: título de formación universitaria como administrador de empresas de la Corporación Universitaria de la Costa y título de posgrado como especialista en alta gerencia.

La entidad demanda prorrogó el nombramiento del actor a través del Decreto No. 1218 del 1º de marzo de 2017.

La Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación mediante comunicación No. 3518 del 9 de junio de 2017, le informó al señor Barros que

mediante Decreto 3104 del 1º de junio de 2017, fue nombrado el señor Henry Andrés Forero Forero en el cargo de Asesor código 1AS grado 19, por haber superado la convocatoria No. 031 de 2015.

La Convocatoria No. 031 de 2015, estableció como requisitos para el cargo de Asesor código 1AS grado 19 los siguientes: (i) estudios: título de formación universitaria en arquitectura y título de un posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo y (ii) experiencia: un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.

La Convocatoria referida dispuso que el número de cargos convocados para la Dirección Nacional de Investigación era uno.

Para proveer el cargo de Asesor 1AS-19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, se realizaron las siguientes convocatorias:

CONVOCATORIA	REQUISITOS
025-2015	Título de formación universitaria en derecho.
030-2015	Título de formación universitaria en Ingeniería Civil o Construcciones Civiles.
031-2015	Título de formación universitaria en arquitectura.
032-2015	Título de formación universitaria en ingeniería de sistemas.

El actor afirmó que el cargo de asesor como administrador de empresas, especialista en alta gerencia que ocupaba el señor Barros no fue sometido a concurso y que además no pudo concursar en consideración a que no se ofertó un cargo con esos requisitos.

La entidad demandada tenía otros cargos con el perfil requerido y ofertado, no obstante no se retiró personal de arquitectura, sino al actor como profesional en administración de empresas.

Conforme al manual de funciones establecido para el cargo de Asesor 1AS-19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales hay 5 clases de empleo con los siguientes requisitos:

- Título de formación universitaria en medicina y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.
- Título de formación universitaria en contaduría pública, economía, ingeniería financiera o industrial o de procesos administrativos, finanzas, administración de empresas o de negocios o comercial o financiera o administración pública y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.
- Título de formación universitaria en ingeniería civil o arquitectura y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.
- Título de formación universitaria en ingeniería de sistemas, ingeniería eléctrica, ingeniería electrónica, ingeniería mecánica o ingeniería mecatrónica o telemática o de software o de telecomunicaciones y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.
- Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.

El actor estuvo vinculado provisionalmente a la entidad demandada en el cargo de Asesor código 1AS grado 19 hasta el 3 de agosto de 2017, fecha a partir de la cual se hizo efectiva la insubsistencia.

La entidad demandada en respuesta al escrito presentado por el actor en ejercicio del derecho de petición, informó que en la Dirección de Investigaciones Especiales hay 16 cargos de Asesor código 1AS grado 19 hasta el 3 de agosto de 2017, como son: 9 son de carrera administrativa, 4 en provisionalidad y 3 nombrados en periodo de prueba.

Manifestó el actor que cumplió con las funciones establecidas en el Manual Específico de Funciones para el cargo de Asesor 1AS-19 en la Dirección de Investigaciones Especiales, siendo requisito el título de administrador de empresas, por lo tanto, afirma que es diferente a las que se cumplen en el mismo cargo pero con el requisito de un título en arquitectura.

La parte actora agotó el requisito de procedibilidad ante la Procuraduría 187 Judicial I para Asuntos Administrativos el 29 de noviembre de 2017, declarándose fallida la conciliación el 5 de febrero de 2018.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 25, 29 y 53 de la Constitución Política, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 y demás normas que amparen la estabilidad laboral.

Señaló que la entidad demandada privó de los derechos fundamentales al actor que como trabajador son garantizados por la Constitución Política, teniendo en cuenta que no hubo una debida protección del Estado, que en este caso es representado por la Procuraduría General de la Nación.

Afirmó que de conformidad a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los empleados que sean vinculados en provisionalidad tienen un grado de estabilidad restringida, y que para que la entidad declare la insubsistencia del nombramiento en ejercicio de la facultad discrecional, se requiere de un análisis con fundamentos reales, hechos ciertos y serios en beneficio del interés general y no por un simple capricho de la entidad.

Adujo, que si bien la decisión de terminar la vinculación del actor contenida el acto sometido a control judicial se encuentra motivado por el hecho de que se nombró en ese cargo al señor Henry Andrés Forero Forero por encontrarse en la lista de legibles como resultado de la Convocatoria 031 de 2015, lo cierto es, que este se inscribió en el cargo de Asesor 1AS-19 de la Dirección de Investigaciones Especiales en cumplimiento de los requisitos, entre ellos, el título profesional de arquitecto.

Finalmente, argumentó que con la decisión de la entidad demandada se configuró el cargo de falsa motivación, debido a que el cargo que ostentaba el actor en la Procuraduría General de la Nación exigía como requisito el título de profesional en administración de empresas, el cual no fue ofertado en la Convocatoria No. 031 de 2015.

Pues aseguró que en la referida convocatoria solo se ofertó un cargo de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, que exigió como requisito de estudios el título de formación universitaria en arquitectura, por lo tanto, no guarda afinidad ni compatibilidad con el exigido en el cargo que se desempeñó el señor Barros.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Procuraduría General de la Nación contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 64-78).

La apoderada de la Nación –Procuraduría General de la Nación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la entidad que representa actuó conforme al ordenamiento jurídico, en atención a los requisitos de validez y legalidad de la que esta investida la carrera administrativa que por ser un régimen especial se encuentra regulada en el Decreto Ley 262 del 2000.

Señaló que en cumplimiento de la sentencia T-147 de 2013, que ordenó a la Procuraduría General de la Nación convocar a concurso público de méritos, se expidió la Resolución No. 332 del 2015, por la cual se dio apertura y se reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer 739 empleos de carrera a través de las Convocatorias 015 a 128 del 2015.

Así las cosas, en virtud de lo anterior fue ofertado el cargo de Asesor código 1AS grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales con el perfil de arquitectura en la Convocatoria 031 de 2015.

No obstante, afirmó que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 265 del 2000, el nominador tiene la facultad de distribuir los empleos de acuerdo a la estructura, las necesidades del servicio, los planes y programas y la prevalencia del interés general.

Adujo que en virtud del Decreto Ley 263 de 2000, se deben tener en cuenta las equivalencias entre estudios y experiencia en caso de no cumplirse de manera directa los requisitos para el ejercicio del cargo, por tal razón, se nombró al demandante que es administrador de empresas con especialización en el cargo de Asesor grado 19, sin necesidad de acreditar estudios en arquitectura, por necesidades del servicio en otra dependencia en la que si se requería ese perfil como lo fue para esa época la Oficina de Control Interno.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"INNOMINADA O GENÉRICA"*, respecto a declarar de oficio alguna excepción que se encuentre demostrada en el transcurso del proceso y (ii) *"CADUCIDAD"*, la cual fue resuelta en la etapa de excepciones de la audiencia inicial adelantada el 28 de agosto de 2018.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 30 de octubre de 2017 (Fl. 276), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, las partes demandante y demandada presentaron escrito de alegatos el 30 de noviembre y 3 de diciembre de 2018, respectivamente (Fls. 149-151 y 152-157).

El apoderado de la parte actora, en síntesis adujo que la entidad demandada no respetó las normas que regulan la convocatoria del concurso, teniendo en cuenta que al modificar el procedimiento de una manera sobreviviente, se estaría contrariando los principios de la moralidad e imparcialidad de la función administrativa, buena fe y confianza legítima, que favorecería a algunos.

De otro lado, manifestó que si bien la planta de personal es globalizada y que se tienen en cuenta las equivalencias entre estudios y experiencia, lo cierto es que la convocatoria por necesidades del servicio precisó que el cargo cometido a concurso es el de arquitecto y no de administrador de empresas, por ende los conocimientos de una y otra carrera profesional no son similares o afines para que se puedan ejercer las mismas funciones.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, precisando (i) que el cargo desempeñado por el señor Barros estaba vacante, pero que en virtud de la Resolución No. 332 de 2015, fue ofertado en la convocatoria No. 031 de 2015; (ii) el acto administrativo por medio del cual se terminó la relación laboral del demandante se encuentra debidamente motivado y (iii) la entidad basó su decisión en razones legales establecidas para la

carrera administrativa, que dieron lugar a que el actor fuera desvinculado del cargo desempeñado en provisionalidad.

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 JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 28 de agosto de 2018 (Fls. 123 a 127), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Con la expedición de los actos administrativos contenidos en el Decreto No. 3104 del 1º de junio de 2017 y en el Oficio No. 003518 del 9 de junio de 2018, mediante los cuales la entidad demandada dio por terminada la vinculación del señor Jorge Alberto Barros Roca, se incurrió en la causal de nulidad alegada como falsa motivación que desvirtúe su legalidad?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple del Oficio No. S.G. 1530 del 2 de mayo de 2013, por medio del cual se informó al señor Barros el nombramiento en provisionalidad del cargo de asesor código 1AS grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales con funciones en la Oficina de Control Interno de la Procuraduría General de la Nación (Fl. 5).

2.2. Copia simple del manual específico de funciones y de requisitos por competencias laborales de la Procuraduría General de la Nación del 4 de agosto de 2015 (Fls.18-31).

2.3. Copia simple de formato de convocatoria del concurso abierto de méritos para proveer cargos de carrera No. 025 del 14 de agosto de 2015 (Fls. 9-16).

2.4. Copia simple del Decreto 1218 del 1º de marzo de 2017, mediante el cual la Procuraduría General de la Nación prorroga el nombramiento en provisionalidad del señor Jorge Alberto Barros Roca en el cargo de Asesor código 1AS grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, con funciones en la Oficina de Control Interno hasta por 6 meses (Fl. 6).

2.5. Copia auténtica del Decreto 3104 del 1º de junio de 2017, a través del cual la Procuraduría General de la Nación nombró en periodo de prueba por el término de 4 meses al señor Henry Andrés Forero Forero en el cargo de Asesor código 1AS grado 19 en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y terminó la vinculación del señor Jorge Alberto Barros Roca quien desempeñaba ese empleo en provisionalidad, a partir de la posesión del señor Forero (Fls. 2-3).

2.6. Copia simple del Oficio No. 003518 del 9 de junio de 2017, por el cual se comunicó al señor Jorge Alberto Barros Roca que a partir de la posesión del señor Forero termina su vinculación laboral con la Procuraduría General de la Nación en el cargo desempeñado en provisionalidad (Fl. 4).

2.7. Copia simple de la certificación expedida por la Jefe de la División de Gestión Humana (E) de la Procuraduría General de la Nación el 3 de agosto de 2017, por medio de la cual se indicó que el señor Jorge Barros ingresó a la entidad el 4 de junio de 2013 (Fl. 8).

2.8. Copia simple de la certificación expedida por el Jefe de División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación el 8 de agosto de 2017, en la que informa que el demandante ingresó a la entidad el 4 de junio de 2013 y se retiró a partir del 3 de agosto de 2017 (Fl. 7).

2.9. Original del Oficio No. 008040 del 15 de noviembre de 2017, a través del cual el Secretario General de la entidad demandada emite respuesta a un escrito presentado por el actor en ejercicio del derecho de petición, en el sentido de informarle que al 3 de agosto de 2017, la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales contaba con 16 cargos de asesor código 1AS grado 19, de los cuales 9 son empleados de carrera, 4 fueron nombrados en provisionalidad y 3 fueron nombrados en el periodo de prueba (Fl. 17).

2.10. Escrito presentado ante la Procuraduría General de la Nación el 29 de noviembre de 2017, mediante el cual el actor solicitó convocar a conciliación prejudicial a la entidad demandada y constancia de envío a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls.32-35).

2.11. Constancia y Acta de conciliación adelantada ante la Procuraduría 187 Judicial I Para asuntos Administrativos de Bogotá D.C. (Fls. 36-38).

2.12. Copia simple de los antecedentes administrativos del señor Jorge Alberto Barros Roca (Fls.82-106).

2.13. Copia simple y original del Oficio No. 006763 del 4 de septiembre de 2018, a través del cual se allegó constancia de existencia de los cargos de Asesor 1AS grado 19 provistos por la entidad demandada en provisionalidad al 2 de agosto de 2017 (Fls. 137-139 y 141-143).

3. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de vinculación y las causales de retiro de los empleados públicos, de la estabilidad laboral de los cargos desempeñados en provisionalidad y de la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se decide desvincular del servicio activo al empleado que desempeñó el cargo en provisionalidad.

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

La Constitución Política de Colombia en su artículo 125, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003 y Acto Legislativo 01 de 2008, estableció la forma de vinculación de los empleados públicos y las causas de retiro, así:

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

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

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

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

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

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

Respecto a la administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos, el artículo 130 constitucional dispuso que está a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, exceptuando las que tengan carácter especial.

Por tal razón, nos remitimos a la Decreto 262 del 2000 que contempla el régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, precisándose que en el evento de presentarse algún tipo de vacío normativo se deben aplicar con carácter supletorio las normas del sistema general de carrera administrativa contenidas en la Ley 909 de 2004.

Así las cosas, sobre la naturaleza de los empleos en la Procuraduría General de la Nación el Decreto 262 del 22 de febrero del 2000, dispuso:

"ARTICULO 182. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:

- 1) De carrera
- 2) De libre nombramiento y remoción

Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

- Viceprocurador General
- Secretario General
- Tesorero
- Procurador Auxiliar
- Director
- Jefe de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público
- Procurador Delegado
- Procurador Judicial
- Asesor del Despacho del Procurador
- Asesor del Despacho del Viceprocurador
- Veedor
- Secretario Privado
- Procurador Regional
- Procurador Distrital
- Procurador Provincial
- Jefe de Oficina
- Jefe de la División de Seguridad
- Agentes adscritos a la División de Seguridad y demás servidores cuyas funciones consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, cualquiera sea la denominación del empleo.

3. De período fijo: Procurador General de la Nación" (Negrilla fuera de texto).

De la norma transcrita se infiere que los empleos en la Procuraduría General de la Nación por regla general pertenecen a carrera administrativa y por excepción son de libre nombramiento y remoción.

A su vez, el artículo 82 del citado Decreto, respecto a las clases de nombramientos, consagró:

"ARTICULO 82. CLASES DE NOMBRAMIENTO. En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos:

- a) **Ordinario:** para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.
- b) **En período de prueba:** para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.
- c) **Provisional:** para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.

Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.

PARAGRAFO. Nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos." (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en lo referente a los nombramientos en provisionalidad y su término de duración, el mentado Decreto en sus artículos 185, 186 y 188, establecieron:

"Artículo 185. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.

El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.

PARAGRAFO. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1o. de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000." (Apartes subrayados declarados exequibles mediante sentencia C-077-04).

"Artículo 186. NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. El nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata.

También tendrá carácter provisional la vinculación del servidor que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que, en virtud de la ley o de decisión judicial, se convierta en cargo de carrera. En este caso, el concurso para proveer definitivamente la vacante respectiva será abierto.

PARAGRAFO TRANSITORIO. El empleado que esté desempeñando un cargo de carrera en calidad de provisional al momento de la entrada en vigencia de

este decreto, podrá participar, en igualdad de condiciones, en el concurso realizado para la provisión del respectivo empleo, aunque éste sea de ascenso.”

“Artículo 187. PROVISION DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.”

“Artículo 188. DURACION DEL ENCARGO Y DEL NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. El encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse hasta por seis (6) meses. El término respectivo podrá prorrogarse por un período igual.

Si vencida la prórroga no ha culminado el proceso de selección, el término de duración del encargo y de la provisionalidad podrá extenderse hasta que culmine el proceso de selección.

Cuando la vacancia sea el resultado de ascenso que implique período de prueba, el encargo o el nombramiento provisional podrán extenderse por el tiempo necesario para determinar la superación del mismo.

PARAGRAFO. Por razones del servicio el Procurador General de la Nación podrá desvincular a un servidor nombrado en provisionalidad o dar por terminado el encargo, aún antes del vencimiento del término establecido en el presente artículo.” (Negrilla fuera de texto y apartes subrayados declarados exequibles mediante sentencia C-077.04)

Del precedente normativo, se colige que los cargos de la Procuraduría General de la Nación se pueden ejercer, entre otros, por medio de nombramientos en provisionalidad siempre que se encuentren en vacancia definitiva o temporal, sin embargo, en caso de llegar a ser el cargo de carrera, dicho nombramiento surtirá efectos hasta que deba ser provisto por el empleado que supere el concurso de méritos.

Además, se precisa que el régimen especial de carrera faculta al Procurador General de la Nación para dar por terminado el nombramiento en provisionalidad aún antes del vencimiento del término previsto para desempeñar el cargo.

- Estabilidad laboral de los cargos en provisionalidad.

El Consejo de Estado ha determinado que en el caso de los empleos que deben ser provistos por medio de concurso de méritos, el acto de nombramiento en propiedad, culmina el realizado en provisionalidad.

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

" (...)

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado

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

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

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

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

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

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

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

El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el

nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo.

Se resalta que cuando el art. 132-2 de la Ley 270 de 1996 regla el nombramiento en provisionalidad judicial, hay que entender que esta facultad la tiene el nominador "hasta tanto se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos, ..." y no significa que una vez hecho esta clase de nombramiento el designado obtenga "estabilidad" en el empleo hasta cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el Nominador pierda la facultad citada en ese evento. La norma legal no puede entenderse como otorgante de una estabilidad que solo existe para el personal de carrera, en cuanto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para el ingreso y desempeño de esa clase de empleo.

En estas condiciones, se considera que para los empleos judiciales no es posible reconocer una estabilidad al empleado nombrado en provisionalidad.

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.

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

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

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

(...)" (resaltado fuera de texto).

Del precedente jurisprudencial, se evidencia que el empleado público nombrado en provisionalidad de un cargo de carrera, se encuentra inmerso en una situación de doble inestabilidad, en consideración a que no pertenece al sistema de carrera y, por lo tanto, la administración puede desvincularlo por razones del servicio o puede ser desplazado por el empleado que hubiese superado en concurso de méritos y

tenga derecho a ocupar el cargo que el ostenta, puesto que su vinculación no le confiere fuero alguno de estabilidad laboral.

- **De la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se decide desvincular del servicio activo al empleado que desempeñó el cargo en provisionalidad.**

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia han sido claros en precisar que la administración debe motivar el acto administrativo por medio del cual se desvincula al empleado que desempeña un cargo en provisionalidad, con el fin de que se expongan de manera clara, cierta y precisa las circunstancias de hecho y de derecho que sustentan la decisión de prescindir del funcionario.

En ese sentido, vale la pena traer a colación sentencias de trascendencia jurídica en tratándose del retiro de empleados vinculados en provisionalidad, siendo del caso referirnos a la sentencia SU-917 de 16 de noviembre de 2010, de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en la que señaló:

"(...)

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que "las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o

constitucional", de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que "sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores".

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es "reglada" y "deberá efectuarse mediante acto motivado", mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia "discrecional" mediante "acto no motivado". Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

(...)

En síntesis, la Corte concluye que **respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.**

(...)" (Negritas fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve en sentencia del 23 de septiembre de 2010, expediente 2005-1341, de manera similar adujo:

"(...)

La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga

debe ser MOTIVADO¹, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

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

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-566 de 2014, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, discurrió:

"(...)
Como manifestación del Estado de Derecho, el principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, de manera que se eviten arbitrariedades y se permita su control efectivo. Dentro de ese propósito, esta Corporación² ha establecido que la Administración debe dar cuenta de las razones que justifican sus decisiones, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.

3.4.2. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.
(...)"

¹ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

² Sentencia SU-250 de 1998.

A continuación, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia SU-053 de 2015, en lo que refiere a la motivación del retiro del servicio de los empleados vinculados en provisionalidad, estipuló:

"(..)

Así, desde la sentencia **SU-250 de 1998**^(...) hasta en los más recientes pronunciamientos, la Corte ha sostenido que "necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción"^(...).

26. En efecto, en la reciente sentencia de unificación **SU-556 de 2014**^(...), la Corte reiteró, en concordancia con los anteriores pronunciamientos, que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ocupado un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva su nulidad, con fundamento en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo^(...). Bajo esa premisa esta Corte ha sostenido que el "desconocimiento del deber de motivar el acto, es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación".^(...)

27. Específicamente sobre el deber de motivación de los actos administrativos sostuvo la sentencia referida que:

- i. El principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, con el fin de evitar arbitrariedades y se permita su control efectivo, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.
- ii. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.
- iii. El deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.
- iv. Cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa^(...).

Criterio reiterado por la Corte Constitucional en sentencia SU-288 del 14 de mayo de 2015, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, al señalar:

"(...)

Para la Corte, el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho³, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. Dicho acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas. La inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo⁴.

(...)"

En reciente pronunciamiento, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "C" en sentencia proferida el 21 de julio de 2016, con ponencia de la Magistrada Amparo Oviedo Pinto, reseño:

"(...)

Es necesario precisar que cuando una persona accede a un cargo de carrera, mediante nombramiento en provisionalidad, en atención a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia, es decir, sin haber participado en el proceso de selección de personal previsto en la ley, **ello no modifica la naturaleza eminentemente transitoria de su nombramiento** y no alcanza a conferirle, por ese solo hecho, una significación más allá de la que la ley concibió.

En consecuencia, por motivo de la figura excepcional de la provisionalidad en cargos de carrera, surge una estabilidad laboral que se encuentra entre los dos extremos laborales referidos con anterioridad (la provisión de cargos de carrera y aquellos de libre nombramiento y remoción). **Se trata de la estabilidad relativa o intermedia, que se manifiesta en la posibilidad con que cuenta el nominador para nombrar y separar de tales cargos a los funcionarios que ejerzan cargos en provisionalidad, pero, con un grado de discrecionalidad restringido, consistente en el deber de justificar los motivos por los cuales se adoptó la decisión de retiro del cargo, que deben responder a una argumentación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho y que logra la protección del derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público del funcionario retirado**". (Negrilla fuera de texto).

Posición ratificada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda – Subsección "E", con ponencia del magistrado Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon en sentencia proferida el 22 de febrero de 2018:

³ artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor, "[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado."

⁴ Dichas apreciaciones son válidas tanto para el texto del Decreto 1 de 1984, como para la Ley 1437 de 2011, dado que el sentido de las disposiciones se mantuvo, al insistir que son nulos los actos administrativos que contravengan normas en las que han de fundarse, y que desconozcan derechos de los administrados afectados por el acto.

"(...)

Se concluye de lo anterior, que con la expedición de la Ley 909 de 2004, se obliga a motivar el acto que de por terminada la vinculación de un empleado nombrado en provisionalidad en cargos de carrera administrativa (sean del régimen general de carrera o de alguno especial), porque gozan de una estabilidad laboral intermedia, sin que importe el término legal al cual esté sujeto la provisionalidad. El retiro de estos trabajadores no es discrecional del nominador, sino que está supeditado al cumplimiento de la condición que justifica esa excepcional forma de vinculación, esto es, hasta que se provea el cargo por el sistema de méritos, sin perjuicio de otra justa causa legal que, como tal, debe estar expresamente señalada en el acto de desvinculación.

(...)"

Así las cosas, el servidor que ejerce un cargo de carrera y que se hubiese vinculado mediante nombramiento en provisionalidad, como consecuencia de una vacancia definitiva o temporal, conoce que desempeña el mismo de forma transitoria y, por ende, goza de un fuero de estabilidad relativo o intermedio, pues no puede variar su naturaleza y, por ello, puede ser separado del mismo, como resultado del nombramiento del empleado que superó el concurso de méritos o por necesidades del servicio.

Además, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado ha sido clara en establecer que los actos administrativos por medio de los cuales se retira del servicio a los empleados nombrados en provisionalidad, debe estar debidamente motivada.

4. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Jorge Alberto Barros Roca, a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Decreto 3104 del 1º de junio de 2017, mediante el cual la Procuraduría General de la Nación hizo un nombramiento y termina la vinculación en provisionalidad del actor y en el Oficio No. 3518 del 9 de junio de 2017, por el cual se informó al actor que su vinculación en provisionalidad finaliza a partir de la posesión del señor Henry Andrés Forero Forero.

Como argumentos de la anterior pretensión, adujo que el acto atacado es ilegal, porque se expidió con falsa de motivación, al señalar que el cargo para el cual se postuló el señor Henry Andrés Forero Forero ofertado a través de la Convocatoria No. 031 de 2015, exigió como requisito de estudios el título profesional en arquitectura y que el ostentado por el demandante requería estudios en administración de empresas.

Por lo tanto, afirmó que las funciones desempeñadas por el señor Barros son del área de administración de Control Interno y que no guardan relación con las funciones del cargo ofertado y superado en concurso de méritos por el señor Forero, por ende, manifestó que no es dable que la entidad demandada haya retirado del servicio activo de la Procuraduría General de la Nación al actor, teniendo en cuenta que el cargo que él ostentaba en provisionalidad no fue sometido a concurso de méritos y además, no corresponde a la descripción del cargo ofertado en la Convocatoria 031 de 2015 y que superó el señor Forero.

Entonces, el Despacho procede a realizar un análisis del caso con el fin de establecer si en el presente asunto concurre alguno de los cargos alegados por la parte actora.

- **Falsa Motivación definida como “aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto.”⁵**

El Congreso de la República expidió la Ley 909 de 2004⁶ “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, que en su artículo 41 consagró como requisito indispensable motivar el acto administrativo que retire del servicio a un empleado nombrado en cargo de carrera, esto es, que el nominador debe precisar de manera clara las causas por las cuales decide desvincular al empleado nombrado en provisionalidad.

Se hace necesario precisar, que la referida Ley de conformidad a lo dispuesto en su artículo 3º es aplicable con carácter supletorio a los servidores públicos entre ellos

⁵ Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

⁶ Reglamentada por el Decreto 1227 de 2005.

a los de la Procuraduría General de la Nación, en caso de que la norma que los rige presente vacíos.

Con anterioridad a la promulgación de la normativa precitada la Corte Constitucional dispuso que el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad debe estar motivada.

Tal criterio ha sido reiterado en varias oportunidades tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, razón por la cual, los actos administrativos mediante los cuales se declara el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad que desempeñan un cargo de carrera administrativa, debe sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración justificar la decisión de separación del cargo del miembro de la entidad, las cuales deben ponerse en conocimiento del interesado.

Ahora, si bien los empleados en provisionalidad no gozan de una estabilidad laboral, lo cierto es que no pueden ser separados del cargo sin que medie la razón que guarde proporción con los hechos que sirven de causa a una decisión de tal naturaleza, lo cual debe estar consignado en el acto administrativo.

En ese sentido, de conformidad al precedente de la Corte Constitucional⁷ citado en el marco normativo y jurisprudencial, el objeto de la motivación de los actos atiende a lo siguiente:

1. El principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, con el fin de evitar arbitrariedades y se permita su control efectivo, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.
2. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.

⁷ Sentencia SU-053 del 2015 de la Corte Constitucional.

3. El deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.
4. Cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa.

De lo anterior se colige, que el hecho de motivar el acto administrativo obedece a la garantía de los principios constitucionales, entre ellos la Cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático y el principio de publicidad, lo que conlleva a que la administración informe las razones que justifican su decisión, permitiendo que la misma sea susceptible de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante lo anterior, la Constitución Política y la Ley excepcionalmente limitan o atenúan dicho deber, en aras de garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa.

En ese orden de ideas, la finalidad de que se motive el acto administrativo por medio del cual se termina un nombramiento en provisionalidad del empleado que desempeñó un cargo de carrera, es que se eviten arbitrariedades por parte de la administración y que las razones que respaldan la decisión de la entidad sean sometidas a juicio.

Así las cosas, esta instancia con el fin de analizar el cargo propuesto por la parte actora estudiara si el acto administrativo por medio del cual la entidad demandada terminó el nombramiento del señor Jorge Alberto Barros Roca se encuentra ajustado a los parámetros referidos.

En ese sentido, de las documentales obrantes en el expediente se encuentra a folio 2 del expediente el Decreto No. 3104 del 1º de junio de 2017, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación, consideró:

"(...)

Que mediante la Resolución No. 332 del 12 de agosto de 2015, el Procurador General de la Nación convocó a concurso abierto de méritos para ocupar 739 cargos correspondientes a empleos de carrera administrativa de la entidad, distribuidos en las convocatorias 015 a 128 de 2015, pertenecientes a los niveles asesor, profesional, técnico, administrativo y operativo.

Que mediante Resolución No. 156 del 3 de mayo de 2017, se expidió la lista de elegibles de la convocatoria No. 031 de 2015, de conformidad con el inciso segundo del artículo 216 del Decreto ley 262 de 2000, en concordancia con el artículo vigésimo de la Resolución 332 de 2015, normas que disponen que la lista de elegibles se conformará en riguroso orden de mérito y tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación.

Que el presente decreto se expide dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles como lo define el artículo 217 del Decreto ley 262 de 2000.

Que el artículo 218 ibídem dispone que la persona seleccionada por concurso será nombrada en periodo de prueba por el término de cuatro (4) meses y finalizado este periodo deberá evaluarse su desempeño.

Que según lo establecido en el Decreto ley 265 de 2000, la plata de personal de la Procuraduría General de la Nación es globalizada y corresponde al Procurador General de la Nación distribuir los empleos de acuerdo con la estructura de la entidad, las necesidades del servicio y los programas y la prevalencia del interés general

Que al doctor HENRY ANDRES FORERO FORERO, se encuentra en orden de elegibilidad por haber ocupado el puesto uno dentro de la lista de elegibles de la convocatoria señalada.

Que al momento de inscripción en la convocatoria No. 031 de 2015, según consta en el registro N° 139514, el doctor FORERO FORERO, seleccionó el cargo de Asesor, Código 1AS, Grado 19, de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, con sede territorial en la ciudad de Bogotá D.C.

Que se notificó que la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, cuenta con el cargo de Asesor, Código 1AS, Grado 19, el cual se encuentra ocupado en la modalidad de nombramiento en provisionalidad por el doctor JORGE ALBERTO BARROS ROCA.

Que en consecuencia, procede la provisión del empleo de Asesor, Código 1AS, Grado 19, de carrera administrativa con el doctor HENRY ANDRES FORERO FORERO, que se encuentra en el orden de elegibilidad, de la respectiva lista.

En mérito de lo anterior,

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO: Nómbrase en periodo de prueba, por un término de cuatro (4) meses, al doctor HENRY ANDRES FORERO FORERO, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.017.173, en el cargo de Asesor, Código 1AS, Grado 19, en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, con sede en la ciudad de Bogotá D.C.

Dicho término se contará a partir de la fecha de los efectos fiscales de la posesión en el cargo.

(...)

*ARTÍCULO SEGUNDO: Terminase la vinculación del doctor JORGE ALBERTO BARROS ROCA, quien desempeñaba este empleo en Provisionalidad, a partir de la posesión del doctor FORERO FORERO, en el cargo señalado.
(...)"*

A su vez, la entidad demandada mediante el Oficio No. 003518 del 9 de junio de 2017, le informó al demandante:

"(...)

De manera atenta me permito comunicarle que el señor Procurador General de la Nación, mediante Decreto 3104 de 01 de junio de 2017, en aplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución 156 de 03 de mayo de 2017, nombró al doctor HENRY ANDRÉS FORERO FORERO, en el cargo de Asesor, Código 1AS, Grado 19, el cual actualmente ocupa usted en provisionalidad.

En consecuencia, a partir de la posesión de dicha persona culmina su vinculación laboral con esta entidad. Lo anterior en aplicación del artículo 188 del Decreto Ley 262 de 2000.

(...)"

Así las cosas, se encuentra demostrado que la vinculación del señor Barros con la Procuraduría General de la Nación, se hizo bajo la figura de la provisionalidad, razón por la cual, la entidad demandada actuó bajo los preceptos legales establecidos, en consideración a que el acto por medio del cual se retiró del servicio al actor fue motivado, pues son razones suficientes de tal decisión el hecho de nombrar en periodo de prueba al señor Henry Forero, quien aprobó las etapas previas del concurso abierto de méritos constituido mediante Convocatoria No.031 de 2015, en la que se ofertó el cargo de carrera denominado Asesor código 1AS grado 19, desempeñado en su momento por el actor.

Ahora, el demandante alega que el requisito de estudios exigido en la convocatoria como es “*Título de formación universitaria en Arquitectura y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo*”, no corresponde al exigido en el cargo que ostentó el actor, puesto que en su momento acreditó para su posesión el título profesional de administrador de empresas, de conformidad a la exigencias de la entidad.

Por lo anterior, afirmó que al no ofertarse el cargo por él desempeñado en concurso de méritos que exigía acreditar el título profesional de administrador de empresas, no era dable disponer del mismo y nombrar en periodo de prueba al señor Forero con estudios en arquitectura, máxime cuando las funciones de uno y otro no se asemejan.

Así las cosas, es necesario traer a colación las convocatorias del concurso abierto de méritos mediante las cuales se ofertaron los cargos de Asesor código 1AS grado 19 de la Procuraduría General de la Nación, así:

Denominación del empleo	Convocatoria No.	Ubicación	Dependencia	No. de cargos	Requisitos	
					Estudios	Experiencia
Asesor 1AS – 19	23-2015	Bogotá, Yarumal, Cartagena, Zipaquirá, Tumaco, San Gil, Bucaramanga, Medellín, Arauca, Florencia, Valledupar, Montería, San José del Guaviare, Santa Marta, Pereira, Cali y Puerto Carreño.	Procuradurías	20	Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en derecho disciplinario, derecho administrativo, contratación estatal, contratación pública, contratación del sector público o responsabilidad contractual del estado, derecho público o derecho contractual público.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	24-2015	Bogotá D.C.	Sala Disciplinaria	2	Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en derecho disciplinario, derecho administrativo, contratación estatal, derecho contractual público, contratación pública, contratación del sector público o responsabilidad contractual del Estado, derecho internacional humanitario o derecho internacional de los derechos humanos, derechos humanos o derecho público.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.

Asesor 1AS – 19	25-2015	Bogotá D.C.	Dirección Nacional de Investigaciones Especiales	1	Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	26-2015	Bogotá D.C.	Oficina de Sistemas	1	Título de formación universitaria en ingeniería de sistemas, ingeniería de software, ingeniería de informática, ingeniería de telemática, ingeniería de telecomunicaciones o ingeniería electrónica y título de posgrado en: administración y gerencia de sistemas de la calidad, gerencia de la calidad de productos y servicios, gerencia de la calidad, gerencia de proyectos de sistemas, gerencia de proyectos, gerencia de proyectos de ingeniería de telecomunicaciones, gerencia de proyectos de telecomunicaciones, gerencia de sistemas y tecnología, gerencia de tecnología, informática para la gerencia de proyectos.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	27-2015	Bogotá D.C.	División Administrativa	1	Título de formación universitaria en arquitectura y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	28-2015	Bogotá D.C.	División Administrativa	1	Título de formación universitaria en administración pública, administración de empresas, administración de negocios, ingeniería industrial o ingeniería administrativa o ingeniería de procesos y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	29-2015	Bogotá D.C.	Oficina de Control Interno	1	Título de formación universitaria en Economía y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	30-2015	Bogotá D.C.	Dirección Nacional de Investigaciones Especiales	1	Título de formación universitaria en ingeniería civil o construcciones civiles y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	31-2015	Bogotá D.C.	Dirección Nacional de Investigaciones Especiales	1	Título de formación universitaria en arquitectura y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.

Asesor 1AS – 19	32-2015	Bogotá D.C.	Dirección Nacional de Investigaciones Especiales	1	Título de formación universitaria en ingeniería de sistemas y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	33-2015	Bogotá D.C.	Oficina de Control Interno	1	Título de formación universitaria en ingeniería de sistemas y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	34-2015	Bogotá D.C.	Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos	1	Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, defensa, promoción y/o protección de los derechos humanos o derecho disciplinario.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	35-2015	Bogotá D.C.	Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos.	1	Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en áreas relacionadas con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	36-2015	Bogotá D.C.	Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.	1	Título de formación universitaria en ingeniería civil o construcciones civiles y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	37-2015	Bogotá D.C.	Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales	4	Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en áreas relacionadas con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	38-2015	Bogotá D.C.	Procuraduría 2a Delegada para la Investigación y el Juzgamiento Penal	1	Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en derecho penal, estudios penales, instituciones jurídico penales, derecho procesal o de procedimiento penal, justicia transicional, derecho penal económico, procedimiento penal, procedimiento penal constitucional, derecho probatorio penal, ciencias forenses, ciencias penales, sistema penal acusatorio, juzgamiento en el sistema penal acusatorio o responsabilidad penal del servidor público.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	39-2015	Bogotá D.C.	Secretaría General	1	Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en contratación estatal, contratación pública, contratación del sector público, responsabilidad contractual del Estado.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.

	40-2015	Bogotá D.C.	Procuraduría 2a Delegada para la Contratación Estatal	1	Título de formación universitaria en derecho y título de posgrado en derecho disciplinario, contratación estatal, contratación pública o contratación del sector público, responsabilidad contractual del Estado, derecho administrativo o derecho público.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.
	41-2015	Bogotá D.C.	División de Gestión Humana	1	Título de formación universitaria en psicología, trabajo social, administración de empresas o administración de negocios o administración pública y título de posgrado en áreas relacionadas con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.

De lo anterior, se encuentra demostrado que la entidad demandada mediante la Convocatoria No. 031 de 2015, ofertó UN (1) cargo de Asesor 1AS-19 en la dependencia Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la ciudad de Bogotá D.C., que exigió como requisito de estudios el título de formación universitaria en arquitectura y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.

Además, verificadas cada una de las convocatorias esta instancia judicial no evidenció que se haya ofertado el cargo que ostentaba el actor bajo las siguientes especificaciones que fueron determinadas por la entidad demandada y comunicadas al señor Jorge Alberto Barros Roca a través de Oficio S.G. 1530 del 2 de mayo de 2013 (Fl.5), para proceder a su vinculación con la Procuraduría General de la Nación:

Ubicación	Dependencia	Requisitos	
		Estudios	Experiencia
Bogotá D.C.	Dirección Nacional de Investigaciones Especiales con funciones en la Oficina de Control Interno	Título de formación universitaria en contaduría pública, economía, ingeniería financiera, administración de empresas o administración pública y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.

Ahora bien, de conformidad al manual específico de funciones y de requisitos por competencias laborales de la Procuraduría General de la Nación del 4 de agosto de

2015 (Fls.18-31), se encuentra respecto de los cargos que atañen al asunto de la referencia lo siguiente:

Requisitos		Competencias funcionales		
Estudios	Experiencia	Funciones esenciales	Conocimientos esenciales	
			Específicos	Comunes
Título de formación universitaria en ingeniería civil, construcciones civiles o arquitectura y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.	1. Asesorar al Director en la formulación de proyectos para la dependencia que contribuyan a la presentación del Plan Operativo Anual y el Plan Estratégico de la Entidad. 2. Asesorar a las dependencias que requieran asistencia profesional en asuntos relacionados con su profesión para el desarrollo de sus funciones de conformidad con las normas y los procedimientos vigentes. 3. Adelantar los procedimientos investigativos que le asigne el superior inmediato, mediante la aplicación de conocimientos, principios, metodologías y técnicas propias de su profesión. 4. Adelantar visitas técnicas a las entidades que le sean asignadas, en ejercicio de las funciones del cargo y su formación académica, de acuerdo con los procedimientos y protocolos adoptados por la institución. 5. Rendir informes evaluativos y técnicos en asuntos de su competencia y formación profesional, de acuerdo con los procedimientos y parámetros establecidos por la Entidad. 6. Representar al Director en las reuniones o comités en los que sea delegado y que requieran tratar asuntos de su profesión de acuerdo con los procedimientos y directrices establecidos. 7. Asesorar al Director en la divulgación y capacitación de los asuntos propios de la dependencia, afines a su especialidad de acuerdo con los procedimientos y directrices establecidos. 8. Realizar las actividades de gestión, probatorias de recolección de información, datos, evidencia y demás que se requieran para el trámite de procesos disciplinarios, según las funciones de la dependencia. 9. Revisar y asesorar sobre la práctica de pruebas, actuaciones adelantadas y respuestas a peticiones con el fin de verificar de que se hayan realizado según los protocolos y procedimientos internos. 10. Realizar las respuestas a los derechos de petición de información o de consulta que sean competencia de la Dirección, en los términos previstos y con base en la reglamentación aplicable. 11. Participar en la conformación de comisiones conjuntas para adelantar las investigaciones que le asigne el Procurador General de la Nación o el Director Nacional de Investigaciones Especiales, conforme con la naturaleza del cargo. 12. Desempeñar las demás funciones establecidas por la ley, los estatutos o reglamentaciones internas o las que le sean asignadas, delegadas o encargadas por instancia competente para ello, que estén acordes con el nivel, tipo, grado y propósito del cargo.	-Constitución Política. -Contratación pública. -Proyecto estructural. -Diseño de obras y licencias de construcción. -Diseño arquitectónico. -Estabilidad de obras. -Estudio de suelos. -Formulación y Evaluación de Proyectos. -Presupuesto. -Procedimientos administrativos y judiciales. -Actualización normativa y jurisprudencial. -Derecho disciplinario. -Conocimientos específicos del área disciplinar.	-Herramientas ofimáticas. -Atención al usuario. -Elaboración de documentos de oficina. -Estructura y funciones de la PGN. -Sistemas de gestión. -Gestión documental. -Gestión pública y funcionamiento del Estado.

Título de formación universitaria en contaduría pública, economía, ingeniería financiera o industrial o de procesos o administrativa, finanzas, administración de empresas o de negocios o comercial o financiera o administración pública y título de posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.	Un año de experiencia profesional o docente relacionada con las funciones del cargo.	1. Asesorar al Director en la formulación de proyectos para la dependencia que contribuyan a la presentación del Plan Operativo Anual y el Plan Estratégico de la Entidad. 2. Asesorar a las dependencias que requieran asistencia en materia de asuntos económicos, financieros, administrativos o contables para el desarrollo de sus funciones de conformidad con las normas y los procedimientos vigentes. 3. Adelantar los procedimientos investigativos que le asigne el superior inmediato, mediante la aplicación de conocimientos, principios, metodologías y técnicas propias de su profesión. 4. Adelantar visitas técnicas a las entidades que le sean asignadas, en ejercicio de las funciones del cargo, de acuerdo con los procedimientos y protocolos adoptados por la institución. 5. Rendir informes evaluativos y técnicos en asuntos de su competencia, de acuerdo con los procedimientos y parámetros establecidos por la Entidad. 6. Representar al Director en las reuniones o comités en los que sea delegado y que requieran tratar asuntos forenses y de derechos humanos de acuerdo con los procedimientos y directrices establecidos. 7. Asesorar al Director en la divulgación y capacitación de los asuntos propios de la dependencia, afines a su especialidad de acuerdo con los procedimientos y directrices establecidos. 8. Realizar las actividades de gestión, probatorias de recolección de información, datos, evidencia y demás que se requieran para el trámite de procesos disciplinarios, según las funciones de la dependencia. 9. Revisar y asesorar sobre la práctica de pruebas, actuaciones adelantadas y respuestas a peticiones con el fin de verificar que se hayan realizado según los protocolos y procedimientos internos. 10. Participar en la conformación de comisiones conjuntas para adelantar las investigaciones que le asigne el Procurador General de la Nación o el Director Nacional de Investigaciones Especiales, conforme con la naturaleza del cargo. 11. Desempeñar las demás funciones establecidas por la ley, los estatutos o reglamentaciones internas o las que le sean asignadas, delegadas o encargadas por instancia competente para ello, que estén acordes con el nivel, tipo, grado y propósito del cargo.	-Constitución Política. -Contratación estatal. -Presupuesto público. -Procedimientos administrativos y judiciales. -Actualización normativa y jurisprudencial. -Derecho Disciplinario. -Formulación y Evaluación de Proyectos. -Conocimientos específicos del área disciplinar.	-Herramientas ofimáticas. -Atención al usuario. -Elaboración de documentos de oficina. -Estructura y funciones de la PGN. -Sistemas de gestión documental. -Gestión pública y funcionamiento del Estado.
---	---	--	--	---

En ese sentido, es dable afirmar que no todas las funciones del cargo 1AS-19 con título de formación universitaria en arquitectura respecto de las del cargo 1AS-19 con título de formación universitaria en administración de empresas guardan relación o se asemejan, pues cada uno requiere de funciones específicas respecto de la formación profesional y naturaleza del cargo, tal como esta instancia las resaltó en precedencia.

Por tal razón, no es del resorte que se presente una equivalencia entre estos empleos, teniendo en cuenta que cada uno pese a tener la misma denominación y dependencia, señala de manera específica las competencias funcionales a desempeñar en la entidad, las cuales se reitera no guardan relación entre sí.

Adicionalmente, las razones que motivaron la decisión de desvincular del servicio al actor deben obedecer a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad de la persona que superó el concurso de méritos para ese cargo, con el fin de que no se incurra en la vulneración a su estabilidad laboral en condición de servidor público.

Lo anterior, en el entendido que el señor Barros Roca gozaba de una estabilidad laboral relativa o intermedia en consideración a que fue nombrado en provisionalidad, pues su expectativa de permanencia en el cargo es hasta que el mismo sea provisto mediante concurso o por razones del servicio, razón por la cual, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

Por ende, se evidencia que la estabilidad laboral relativa del demandante se mantiene incólume, pues se reitera que el cargo desempeñado no fue ofertado por la Procuraduría General de la Nación.

Aunado a lo anterior, es claro que la demandada ofertó a través de la convocatoria No. 31 del 2015, **un cargo** de Asesor 1AS-19 en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación en Bogotá D.C., con requisito de estudios en arquitectura, cargo para el cual se postuló y superó el concurso de méritos el señor Henry Andrés Forero Forero, por lo tanto, su nombramiento se debió efectuar en este empleo ya que era el único ofertado con dichas exigencias y por ende, esta instancia se permite afirmar que de la lista de elegibles solo fue posible seleccionar al aspirante con mejor puntaje y proceder a su nombramiento y posesión, entendiéndose agotada la vacante respecto de las demás personas que se encontraban en turno.

Así las cosas, la orden que se impartirá en el presente asunto no afecta los derechos de carrera del señor Forero, teniendo en cuenta que el cargo para el cual optó y superó el concurso de méritos es diferente al desempeñado por el señor Barros, razón por la cual, la entidad deberá atender los presupuestos exigidos en las convocatorias referidas.

En ese sentido, se evidencia que la motivación del acto administrativo objeto de control judicial en el asunto de la referencia, se basó en argumentos que adolecen de los principios de proporcionalidad y razonabilidad puesto que no coinciden con la realidad de la situación fáctica presentada en el asunto de la referencia.

Bajo las anteriores consideraciones, concurre la falsa motivación del acto administrativo atacado en el asunto de la referencia, siendo entonces que le asiste razón a la apoderada de la parte actora en deprecar dicho cargo.

En consecuencia, al encontrar desvirtuada la presunción de la legalidad de la que esta investido el acto administrativo, se declarará la nulidad del Decreto No. 3104 del 1º de junio de 2017, a través del cual se nombró en periodo de prueba al señor Henry Alberto Forero Forero y se terminó la vinculación del señor Jorge Alberto Barros Roca.

En este momento procesal, esta instancia se releva de declarar la nulidad del Oficio No. 003518 del 9 de junio de 2017, en consideración a que tiene las características de un acto de trámite, pues a través de éste se le informó al actor la decisión de desvincularlo del servicio de conformidad a lo dispuesto en la Resolución No. 3104 de 2017, por lo tanto, no contiene una decisión definitiva que cree, modifique o extinga situación jurídica alguna del señor Barros.

Respecto a los actos susceptibles de control judicial, la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda -Subsección B, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, en providencia del 13 de agosto de 2018, expediente con radicación número: 68001-23-33-000-2017-01260-01(1208-18), discurrió:

"(...)

Acorde con lo anterior, es claro que "los actos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los actos definitivos, entendidos como toda manifestación de voluntad general o eventualmente, concreta o específica, unilateral de quienes ejercen funciones administrativas, que crean, reconocen, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones o situaciones jurídicas subjetivas".

En suma, únicamente las decisiones de la administración que concluyen un procedimiento administrativo o aquellas que afecten derechos o intereses, o impongan cargas, sanciones y obligaciones que modifican o alteran situaciones jurídicas determinadas, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de ahí que los que impulsan la

*actuación, no procuran por solucionar de fondo las solicitudes de los administrados o se limiten a dar cumplimiento a una orden judicial o administrativa, no son cuestionables vía judicial.
(...)”.*

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación –Procuraduría General de la Nación, a:

- Reincorporar al señor Jorge Alberto Barros Roca, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, al cargo de Asesor código 1AS grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales con sede territorial en Bogotá o a otro de igual o similar categoría o remuneración.
- Cancelar al señor Jorge Alberto Barros Roca, con carácter indemnizatorio, la suma equivalente a 20 meses de salarios y prestaciones sociales, que correspondan al cargo de Asesor código 1AS grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y los que se sigan causando a la fecha de reintegro sin que se excedan de 24 meses, previas las deducciones de Ley a que hubiere lugar.

Para el efecto, efectúense los descuentos correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido el actor durante el tiempo en que permaneció separado del servicio.

Se precisa, que el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho, se hace de conformidad a la regla de decisión trazada por la Corte Constitucional indicada en la sentencia SU-556 de 2014, según la cual:

“(...)”

3.6.13.4. Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

3.6.13.5. A este respecto, el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón a que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, **la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extienda a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses.** En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante.

3.6.13.6. Por su parte, y en plena concordancia con lo anterior, el término máximo de indemnización se fija dentro del propósito de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación, **y su tope de 24 meses se determina teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.** (...).

Igualmente, la precitada sentencia señaló que las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro del servicio de provisionales sin que medie motivación se hacen de la siguiente manera:

"(...)

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

En ese sentido y aplicando el criterio esbozado al caso concreto, se encuentra demostrado que el señor Barros Roca se encuentra desvinculado al servicio de la entidad demandada desde el 3 de agosto de 2017 (Fl. 7), por lo cual, a la fecha han transcurrido más de 20 meses de retiro efectivo, motivo que impone el reconocimiento a título indemnizatorio de la suma equivalente a 20 meses de salarios y prestaciones sociales, y los que se sigan causando a la fecha de reintegro sin que se excedan de 24 meses, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar.

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 demandada 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 (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad del Decreto 3104 del 1º de junio de 2017, expedido por la Nación –Procuraduría General de la Nación.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación –Procuraduría General de la Nación, a:

- Reincorporar al señor Jorge Alberto Barros Roca, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.186.278 de Barranquilla, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, al cargo de Asesor código 1AS grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales con sede territorial en Bogotá o a otro de igual o similar categoría o remuneración.
- Cancelar al señor Jorge Alberto Barros Roca, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.186.278 de Barranquilla, con carácter indemnizatorio, la suma equivalente a 20 meses de salarios y prestaciones sociales, que correspondan al cargo de Asesor código 1AS grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y los que se sigan causando a la fecha de reintegro sin que se excedan de 24 meses, previas las deducciones de Ley a que hubiere lugar.

Para el efecto, efectúense los descuentos correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o

independiente, haya percibido el actor durante el tiempo en que permaneció separado del servicio.

TERCERO.- Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas 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:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

CUARTO.- Sin lugar a condena en costas.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

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 ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 27 de marzo de 2019 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>012</u>.  _____ DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario
--



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 110013342-052-2018-00209-00
Demandante: CLARA CECILIA NEIRA NEIRA
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora NEIRA NEIRA en contra de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG.

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 NEIRA NEIRA, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare de una parte, la nulidad de la Resolución 3313 del 23 de marzo de 2018, en la que se negó tanto el reajuste de la pensión de jubilación que disfruta como el reintegro de los valores descontados para salud sobre las mesadas adicionales junto con la suspensión de los mismos, y de otra, la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto negativo configurado ante la omisión de respuesta por parte de FIDUPREVISORA S. A. respecto de la petición impetrada el 28 de septiembre de 2017, en la que solicitó la suspensión y reintegro de los descuentos para salud

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se declarara que la accionante tiene derecho a que tal prestación sea reconocida con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional (del 14 de abril de 2011 al 14 de abril de 2012), junto con los respectivos reajustes, intereses e indexación que corresponda conforme a lo previsto en el art. 192 del CPACA, además de las costas del proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa la accionante nació en 1956 y que tras prestar sus servicios como docente al Distrito Capital, mediante la Resolución No. 5953 del 28 de octubre de 2013 le fue reconocida la pensión de jubilación sin tener en cuenta la totalidad de factores devengados, y realizando descuentos para salud sobre las mesadas adicionales desde el primer pago de mesada pensional, sin que exista norma vigente que lo autorice.

En virtud de lo anterior refiere, que el 31 de octubre de 2017 solicitó la revisión y reliquidación de la aludida prestación, así como el reintegro de los valores descontados en un 12% de sus mesadas adicionales de junio y diciembre para salud junto con la suspensión de los mismos, peticiones que fueron denegadas mediante la Resolución demandada.

Agregó que radicó igualmente la solicitud del aludido reintegro el 28 de septiembre de 2017 ante Fiduciaria La Previsora S. A., petición respecto de la cual guardó silencio.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 2°, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, las Leyes 57 y 153 de 1987, Leyes 33 y 62 de 1985, 91 de 1989 y 4 de 1992, Decreto 1073 de 2002 y las Leyes 812 de 2003 y 100 de 1993.

Para ello indicó que la accionante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación que disfruta, regida por la Ley 33 de 1995 en una suma equivalente al 75% de lo percibido en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, invocando para ello diferentes postulados y principios tanto constitucionales como de carácter legal, los cuales aduce, se desconocen con las decisiones demandadas, más cuando mediante la Ley 812 de 2003 (art. 81) se estableció el régimen pensional de los docentes, sin embargo como la accionante fue vinculada con anterioridad a su entrada en vigencia, le era aplicable lo establecido en la Ley 91 de 1989, además que en sentencia del 4 de agosto de 2010 emitida por el Consejo de Estado, se estableció que las normas invocadas no fijaban una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la liquidación pensional.

En torno a los descuentos para salud, indicó que se transgrede el Decreto 1073 de 2002, en cuyo artículo 1° prevé que tales descuentos no pueden efectuarse sobre las mesadas adicionales, máxime cuando Ley 812 de 2003, los derogó tácitamente al

remitir la cotización de los docentes a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El extremo pasivo guardó silencio dentro de la oportunidad legal correspondiente.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 6 de febrero de 2019 (Fl. 72), *i.* Se prescindió del restante periodo probatorio, por lo que el mismo se declaró cerrado, y *ii.* Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en que la parte demandante reiteró los argumentos invocados en la demanda y realizando un recuento de la línea jurisprudencial aplicable al asunto, invocó nuevamente la sentencia del 4 de agosto de 2010, así como diferentes pronunciamientos que ratifican tal posición, agregando que en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado precisó la inaplicabilidad para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, luego la derogatoria que realizó respecto de la sentencia del 4 de agosto de 2010, solamente aplica para los beneficiarios del régimen de transición.

Por su parte la entidad demandada guardó silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

Vale señalar que el apoderado Cesar Augusto Hinestrosa O. presentó renuncia al poder que le había sido conferido como se observa a folios 63 y 79, en los términos del artículo 76 del CGP razón por la que dicha renuncia surtirá sus efectos en la forma indicada en dicha norma.

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 JURÍDICO

En audiencia inicial se determinó que el problema jurídico se centra en establecer si le asiste el derecho al demandante *(i)* A que su pensión de jubilación sea reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados dentro del último año

anterior a la adquisición del estatus pensional, previa declaratoria de nulidad de la Resolución 3313 del 23 de marzo de 2018 en lo pertinente, (ii) A que se determine si se configuró el silencio administrativo respecto de la petición elevada por la parte actora ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A el 28 de septiembre de 2017 y (iii) A que se le reintegren los valores descontados por aportes en salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó el derecho y se disponga la suspensión de los mismos.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES. Obran como tal las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la accionante (fl. 2).
2. Copia de la Resolución No. 5953 del 28 de octubre de 2013, en la que se reconoció la pensión de jubilación en favor de la aquí accionante, partir del 15 de abril de 2012 (fl. 3-4)
3. Copia del escrito radicado por la parte accionante ante la Alcaldía Mayor de Bogotá con destino a FONPREMAG en el que solicitó la revisión y reliquidación de su pensión de jubilación y el reintegro de descuentos conforme al *petitum* de la demanda (fl. 6-8).
4. Copia de la solicitud elevada por la parte accionante ante Fiduprevisora S. A. igualmente con destino a FONPREMAG en el que solicitó el reintegro de descuentos referidos con anterioridad (fl. 9).
5. Copia de la Resolución 3313 del 23 de marzo de 2018, mediante la cual se negó tanto la revisión de la mencionada prestación, como el reintegro de los descuentos para salud (fl. 10-12).
6. Copia del formato único para la expedición de certificados de historia laboral y salarios (fl. 14-16)
7. Certificado de pagos realizados a la accionante en los años 2011 y 2012 (fl. 17).
8. Extracto de pagos a la accionante, detallados y con certificación de los descuentos efectuados a la docente (fl. 56 - 60)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso hacer referencia a: (i) El régimen de la pensión de los docentes, (ii) Los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mentada prestación, (iii) El silencio de la Administración y (iv) Los descuentos para salud.

- DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 *"por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

Posteriormente, se expidió la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados a treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

*Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...)"*¹.

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

"Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)." (Negrilla fuera de texto).

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la Ley General de Educación", que en su artículo 115 consagró:

"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 1o. (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

(...)"

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, como quiera que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados 15 años de prestación de servicios, le resultan aplicables las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, amén que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes **nacionales, nacionalizados y territoriales**, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

La anterior postura fue igualmente reiterada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018, que al respecto señaló:

*"95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**"³*

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se insiste en que a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, conforme a las previsiones del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989, se les debe continuar aplicando la Ley 33 de 1985, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y por ende, mantienen la expectativa legítima de ser pensionados teniendo en cuenta la edad, tiempo y para su monto pensional el 75% de los factores del último año de servicio.

-DE LOS FACTORES SALARIALES

Así las cosas, se prosigue con el estudio de cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, consagrados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

"Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrillas fuera de texto)."

² Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]"

³ Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Expediente:52001-23-33-000-2012-00143-01, Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

"Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...)"

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila emitida el 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, anotando lo que sigue:

"(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."⁴ (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

⁴ Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado: 250002325000200607509 01,

*"(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios**, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías**, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)"⁵ (Negritas fuera de texto).*

Tal posición fue reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón⁶, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la "retribución", es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la "habitualidad", es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

No obstante lo anterior, en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se abordó nuevamente el tema en cuestión, por lo que tras efectuar un análisis de las normas en cita frente a postulados de carácter constitucional como es la solidaridad en el sistema de seguridad social, referido en el artículo 48 de la Carta, consideró que la interpretación materializada en la sentencia del 4 de agosto de 2010 no se acompasa a tales principios y por tanto efectuó una rectificación del criterio interpretativo aplicable, para lo cual señaló:

*"99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.***

*100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

⁵ *Ibídem.*

⁶ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema." (Subrayas fuera de texto)

Bajo la anterior perspectiva que además ostenta el carácter de vinculante, se concluye que para liquidar la mesada pensional de aquellas pensiones que sean reconocidas bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, como es la de los docentes por disposición de la Ley 91 de 1989 solamente se incluirán los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones.

- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la accionante ante FIDUPREVISORA y respecto de la cual se reclama la configuración del acto ficto, fue radicada el 28 de septiembre de 2017, se deduce que es aplicable la Ley 1437 de 2011, la cual cobró vigencia a partir del 2 de julio de 2012, codificación que en su artículo 83 consagra:

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

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda."

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 3 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado⁷, respecto al silencio administrativo indicó:

"(...) El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.(...)"

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción.

- DE LOS DESCUENTOS EN SALUD

Respecto de los descuentos que se deben realizar a las mesadas pensionales, el porcentaje fue establecido por la Ley 4ª de 1966 *-Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones-*, en los siguientes términos:

"Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

- a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y*
- b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.*

Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."

Posteriormente y mediante el Decreto 3135 de 1968 se reiteró tal posición, expresando que los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez deben cotizar un cinco por ciento (5%) de su pensión a efectos de recibir de parte de la

⁷ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Demandante: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION, DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Sentencia de 30 de abril de 2014.

entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria (artículo 37).

El Decreto 1848 de 1969 replicó lo dispuesto por el Decreto 3135 de 1968, allí se consignó:

"Artículo 90. Prestación asistencial. (...)

3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional."

Luego, la Ley 4ª de 1976; "por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones", creó una mesada adicional pagadera en diciembre para empleados de cualquier orden, así:

"Artículo 5º.- Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto."

Por mandato expreso de la Ley 43 de 1984, se prohibió el descuento para salud a los pensionados, señaló la norma:

"Artículo 5. A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional." (Destaca el despacho)

La mesada adicional de junio nació con la Ley 100 de 1993, en cuyos artículos 50 y 142 se estableció cuáles serían las mesadas adicionales pagaderas, en los siguientes términos:

"Artículo 50. Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión."

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual." (Texto tachado

declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994)

"Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

Parágrafo transitorio. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal."

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, así:

"Artículo 30. Monto de la cotización. De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto-ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995 de 11 % de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de enero de 1996.

De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.

La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.

Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten."

Las Leyes 71 y 79 de 1988 fueron reglamentadas por el Decreto 1073 de 2002, el cual en lo pertinente, prohibió realizar descuentos sobre las mesadas adicionales, así:

Artículo 1o. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesada adicional." (Destaca el Despacho)

No obstante, el parágrafo de este artículo fue declarado parcialmente nulo por el Consejo de Estado "...únicamente en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993..." a través de sentencia dictada por la Sección Segunda-Subsección "A" del 3 de febrero de 2005 con ponencia de la Magistrada (e) Ana Margarita Forero de Olaya, dentro del proceso 2002-0163.

Así mismo la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, señaló que el valor de la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será conforme lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se

administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989".

De lo anterior, el Despacho entiende que no existe un régimen de transición en materia de salud, quedando por tanto los pensionados, rigiéndose en esta materia, conforme las disposiciones contenidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por último, se tiene que el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, modificó la Ley 100 de 1993, señalando el monto de la cotización mensual de cada pensionado, como se pasa a leer:

"La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009.

El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.

PARAGRAFO. 1º- La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.

PARAGRAFO. 2º- Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos."

Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencias tales como la dictada por la Sección Segunda – Subsección "C", de fecha 3 de noviembre de 2011, en la que accedió a las súplicas de la demanda, revocando la decisión de primera instancia emitida por este Juzgado en los siguientes términos:

"DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES
(...)

En el presente asunto se demostró que a la actora se le reconoció la pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 001633 del 29 de febrero de 2008 (fls.2-4), a partir del 01 de noviembre de 2007, y por medio del Extracto de Pagos expedido por la FIDUPREVISORA S.A. de abril 13 de 2010 (fl.47), se pudo establecer que sobre las mesadas adicionales de diciembre posteriores al primer pago de la pensión se le han hecho descuentos para salud, y como se analizó, esto no tiene fundamento jurídico en una norma que así lo autorice, por lo tanto, tales descuentos son ilegales y constituyen una causal de nulidad del acto administrativo demandado, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 7º de la Ley 42 de 1982 y 5º de la Ley 43 de 1984.

Si bien es cierto que no hay norma expresa que prohíba hacer los descuentos para salud sobre la mesada pensional adicional de junio, también lo es que tampoco hay alguna que esté autorizándola de forma expresa ni tácita, y en aplicación del principio de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de nuestra norma superior, se debe aplicar la interpretación más favorable al pensionado, más aún, cuando la ley autoriza efectuar un 12% mensual, y es claro que al realizarlo sobre dicha mesada, se está descontando un 24% mensual, superando lo permitido legalmente.”⁸

Así mismo, la Subsección “F” de dicho Tribunal en providencia del 15 de abril de 2015, resolvió acceder a una demanda en la que se formularon pretensiones similares a las acá expuestas, aduciendo lo siguiente:

“sobre el particular el Honorable Consejo de Estado, en concepto, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo, sostuvo:

“En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.

(...)

II. se responde.

El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, es ese caso, sería el valor de la mesada”

De acuerdo con lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en el concepto antes mencionado, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del 12% para el pago de cotización al sistema de Seguridad Social en Salud, ya que existe norma expresa que así lo dispone para la mesada de diciembre; y en cuanto la de junio es una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

Del análisis de las normas que han regulado el tema de las mesadas adicionales y de la jurisprudencia, se concluye que sobre la mesada adicional de diciembre no se puede realizar el descuento del 12% para el pago de aportes al Sistema de Seguridad en Salud, por cuanto existe norma expresa que así lo señala (Ley 42 de 1982 Art. 7 y la Ley 43 de 1984 Art.5)

En relación con la mesada adicional de junio, aun cuando el Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2005, declaró la nulidad parcial del parágrafo del artículo 1º del decreto 1073 de 2003, que permitiría efectuar descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el descuento del 12% de la mesada

⁸ Magistrado Ponente: ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO, dentro del proceso No. 2008-00686, demandante: María Etelvina Alejo de Riveros

adicional de junio no podrá hacerse, por cuanto según lo establece la Ley 812 de 2003 en su Artículo 81, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotización al sistema de Seguridad Social están regulados por la Ley 100 de 1993.

(...)

En lo atinente al descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se percibe en junio y diciembre dicho descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

En conclusión, no se puede realizar descuentos del 12% para cotización en salud, de las mesadas adicionales de la pensión, por cuanto hay norma expresa que prohíbe realizar descuentos de la mesada adicional de diciembre, como anteriormente se estableció, y en relación con la mesada de junio, se tiene que el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, no podría cotizar dos veces por el mismo mes.

Por lo tanto, encuentra la Sala que no existe norma alguna que faculte a la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag-, por intermedio de la Fiduciaria la Previsora – FIDUPREVISORA- S.A., a realizar descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de aquellas personas que gocen de una pensión de jubilación." (Negrilla fuera texto)

Así las cosas, este Despacho advierte que la cuantía de la cotización en salud fue fijada originalmente en la Ley 100 de 1993, en un porcentaje del 12% del ingreso base, a cargo del afiliado en el caso de los trabajadores pensionados e independientes y para los asalariados indistinto sean del sector público o privado, se fijó en un 8% a cargo del empleador y un 4% a cargo del trabajador.

Sin embargo, la Ley 1122 de 2007 aumentó la cuantía de la cotización total para el sistema de salud, quedando en el 12.5% del ingreso base, no obstante, frente a las consecuencias de dicho aumento en el sector pensional, se expidió la Ley 1250 de 2008, en el cual se dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud para los pensionados, sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, del cual, vale aclarar pertenecen todas las personas que reciben una mesada pensional independiente al régimen con el cual adquirió el estatus pensional.

De lo antes señalado, este Despacho acoge la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde señala que revisada la normatividad vigente y en lo que respecta al descuento obligatorio para salud, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se perciben en junio y diciembre, generándose un doble descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

Debiéndose por tanto, entender que la Ley 91 de 1989, enuncia en su artículo 8 los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concordándola con la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, normas que prohíben los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales.

Situación que en su momento discurrió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora CLARA CECILIA NEIRA NEIRA, actuando a través de apoderado judicial, deprecia el reconocimiento del reajuste de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados y efectivamente acreditados en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, así como el reintegro de los valores descontados en un 12% de sus mesadas adicionales de junio y diciembre para salud junto con la suspensión de los mismos.

Con base en lo anterior, es menester resolver si el actor tiene derecho a que la pensión que disfruta sea reajustada conforme a lo peticionado.

- De la reliquidación pensional

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que la demandante, señora CLARA CECILIA NEIRA NEIRA fue vinculada como docente a partir del 6 de febrero de 1992 (fl. 14), que laboró por más de 20 años como docente de vinculación distrital y que adquirió su estatus pensional el 14 de abril de 2012 (Ver fl. 3), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 5953 del 28 de octubre de 2013, FONPREMAG reconoció a la accionante pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de salarios del año anterior a la adquisición del estatus pensional (Fl. 3-4).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la primera regla adoptada por el Consejo de Estado en la última sentencia de unificación, se advierte tratándose de un docente vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003, le es aplicable el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y por ende continúa siendo aplicable la Ley 33 de 1985 - sin que para ello sea necesario acudir al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993-, en lo atinente al tiempo de servicios (20 años) y la edad (55 años) para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación teniendo en cuenta los factores del último año de servicio.

En ese orden, conforme a la segunda regla que se deriva del aludido fallo proferido el 28 de agosto de 2018 y que, contrario a lo argumentado por el extremo actor, si es aplicable al presente caso, precisamente porque allí se fijó un criterio de interpretación del régimen previsto en la Ley 33 de 1985, se colige que la liquidación pensional se debe realizar con la inclusión de los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de seguridad social, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Así las cosas, acorde con lo señalado en la Resolución No. 5953 del 28 de octubre de 2013, la accionante adquirió su estatus pensional el 14 de abril de 2012, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2011 y el 14 de abril de 2012.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, relacionados en el documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS"* para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2011 al 30 de diciembre de 2012 (Fl. 15), según el cual, la parte actora percibió: sueldo y primas: especial, de vacaciones y de navidad, sin embargo solamente realizó cotización para seguridad social sobre el **sueldo básico y la prima de vacaciones**, luego eran estos los que podían incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

Así las cosas, verificada la Resolución No. 5953 del 28 de octubre de 2013 (Fl. 3), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, tuvo en cuenta los referidos factores, esto es la asignación o sueldo básico y la prima de vacaciones, lo que nos lleva a concluir que no desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación del actor, consagrado en las Leyes 33 y 62 de 1985 conforme a la interpretación unificadora del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Bajo las anteriores consideraciones, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de la Resolución 3313 del 23 de marzo de 2018, concretamente en su artículo *"PRIMERO"* mediante el cual se negó la reliquidación reclamada razón por la cual tendrán que denegarse las pretensiones incoadas en tal sentido en el asunto de la referencia.

- De la existencia del acto ficto

A efectos de determinar si en el asunto de la referencia se constituyó el acto ficto o presunto derivado del silencio de la Secretaría de Educación y/o de Fiduprevisora S. A, se reitera que respecto de las peticiones el artículo 83 del CPACA⁹ señala que tal fenómeno jurídico se configura pasados 3 meses desde la presentación de la solicitud pertinente, además que la entidad no se exime del deber de decidir la petición, salvo que se haya interpuesto recurso en contra de la misma.

Así las cosas, descendiendo al caso concreto se evidencia que a folios 6 y 9 del plenario obra copia de las solicitudes de reintegro y suspenso de los descuentos en salud aplicados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, petición que fue radicada el 31 de octubre de 2017 ante la Alcaldía Mayor de Bogotá con destino a FONPREMAG (fl. 6) y el 28 de septiembre de 2017 ante FIDUPREVISORA con destino a Pensiones (fl. 9), fechas a partir de las cuales tales entidades tenían tres meses para emitir respuesta.

En ese orden, en cuanto a la primera de las peticiones se pronunció la Secretaría de Educación del Distrito mediante el artículo segundo de la Resolución 3313 del 23 de marzo de 2018, de manera negativa, mientras que respecto de la segunda, la entidad destinataria no acreditó que haya proferido respuesta, lo que permite concluir que frente a la misma, el 28 de diciembre de 2017 se configuró el silencio administrativo negativo que dio origen al acto ficto, según lo consagrado en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

Conforme a lo decantado, el Juzgado declarará la existencia del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición radicada ante la Fiduciaria La Previsora S.A. el 28 de septiembre de 2017.

- De los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre

Bajo la anterior perspectiva y como quiera que mediante el "ARTÍCULO SEGUNDO" de la Resolución 3313 del 23 de marzo de 2018, se denegó de manera expresa el reintegro y suspensión de los referidos descuentos, acto administrativo que también es objeto de litigio al haberse pretendido su declaratoria de nulidad, el Despacho procederá a emitir pronunciamiento sobre la legalidad de tales decisiones.

⁹ Vigente para la fecha de radicación de la aludida petición.

Para el efecto, se advierte que conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente lo señalado en la Ley 91 de 1989, en materia de cotización a salud, por lo que los docentes afiliados a FONPREMAG se rigen por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 que consagran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, sin que estén inmersos en un régimen transición.

De esa manera, conforme lo señalan la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, los pensionados sin importar el régimen en el cual adquirieron el estatus pensional sólo se encuentran obligados a cotizar al régimen contributivo de salud un 12% en cada mesada pensional, por lo cual para las mesadas adicionales de junio y diciembre el porcentaje que por Ley se debe aportar es el 12% sin que sea dable realizar un 24%, ya que esto implicaría que por el mismo mes se estaría efectuando un doble descuento.

Ahora bien, se tiene que a folios 58 a 60 del expediente, obran el extracto de pagos y la certificación de descuentos sobre la mesada pensional de la accionante, expedidos por Fiduprevisora S. A. en los que consta que la prestación pensional de dicho sujeto procesal, ha sido objeto de doble descuento por concepto de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al aplicarlos sobre las mesadas adicionales de diciembre.

Por lo anterior, el Despacho ordenará la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales diciembre que se hayan realizado en la pensión que devenga la parte actora, a partir del adquirió el estatus pensional, esto es el 14 de abril de 2012, fecha desde la cual se reconoció la pensión.

Bajo las anteriores consideraciones, se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad que ostenta la negativa frente al reintegro de los valores descontados en un 12% de sus mesadas adicionales de junio y diciembre para salud junto con la suspensión de los mismos, decisión adoptada e incluida en el "ARTÍCULO SEGUNDO" de la Resolución 3313 del 23 de marzo de 2018 y por tanto, se declarará la nulidad del mismo en tal sentido.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de los descuentos que serán susceptibles de devolución en el asunto de la referencia, se contabilizará el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles tales

derechos, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, para lo cual es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la prestación pensional en su favor a partir del 15 de abril de 2012 (Fl. 3) y que el 28 de septiembre de 2017 solicitó ante Fiduprevisora la suspensión y reintegro de los valores descontados para salud (12%) sobre sus mesada adicionales, escrito que generó la interrupción del término prescriptivo por el término de 3 años, independientemente de que la petición hubiese sido reiterada el 31 de octubre del mismo año (fl. 6) ante la SED.

En ese orden, como la acción de la referencia fue impetrada el 29 de mayo de 2018 (fl. 31), esto es sin que se completara nuevamente el término de 3 años consagrados en la norma, fuerza concluir que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas objeto de devolución, causadas con anterioridad al 28 de septiembre de 2014, circunstancia que será declarada de manera oficiosa.

Las sumas que resulten de los anteriores reconocimientos, deberán ser actualizadas 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:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por descuentos para salud, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

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 demandante 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 (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia y posterior nulidad del acto ficto configurado el 28 de diciembre de 2017 por el silencio de la Fiduciaria La Previsora S.A. frente a la petición radicada por la accionante el 28 de septiembre de 2017.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de "ARTÍCULO SEGUNDO" de la Resolución 3313 del 23 de marzo de 2018, actos mediante los cuales se negó, tanto tácita como expresamente, el reintegro de los descuentos en salud, así como la suspensión de los mismos, efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condena la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a suspender los descuentos que se vienen aplicando sobre las mesadas adicionales de diciembre de la pensión que devenga la señora CLARA CECILIA NEIRA NEIRA, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.681.349, con destino al sistema de salud, y proceda reintegrar las sumas descontadas por tal concepto, a partir del 28 de septiembre de 2014, por prescripción trienal y conforme a lo expuesto en precedencia.

CUARTO: Las sumas que resulten de los anteriores reconocimiento y condena, respectivamente, deberán ser actualizadas 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:

$$R = R.H. (INDICE FINAL / INDICE INICIAL)$$

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

QUINTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Téngase en cuenta para los fines legales pertinentes, la renuncia del Dr. Cesar Augusto Hinestroza Ortigón (fl. 79), quien actuaba dentro del presente litigio como apoderado principal de la entidad accionada, cuyos efectos se entienden surtidos en los términos del artículo 76 del CGP.

SEPTIMO: Sin lugar a condena en costas.

OCTAVO: Dese 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.

NOVENO: 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 ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy <u>27 de marzo de 2019</u> se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>019</u>  DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario
--

MPI